Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

Digitized by the Internet Archive
in 2010 with funding from
University of Ottawa

http://www.archive.org/details/desdonationsentr04trop

L. Philippe Guillot
Avocat
Quebec / 1900

DROIT CIVIL EXPLIQUÉ

COMMENTAIRE

DU TITRE II DU LIVRE III DU CODE NAPOLÉON

DES

DONATIONS ENTRE-VIFS

ET DES

TESTAMENTS

PARIS. — IMPRIMERIE DE E. DONNAUD,
RUE CASSETTE, 9.

DROIT CIVIL EXPLIQUÉ
—POLÉON

DES

DONATIONS ENTRE-VIFS

ET

DES TESTAMENTS

OU

COMMENTAIRE

DU TITRE II DU LIVRE III DU CODE NAPOLÉON

PAR M. TROPLONG

PREMIER PRÉSIDENT DE LA COUR DE CASSATION, MEMBRE DE L'INSTITUT, GRAND-OFFICIER DE L'ORDRE IMPÉRIAL DE LA LÉGION D'HONNEUR.

DEUXIÈME ÉDITION.

TOME QUATRIÈME.

PARIS

ADMINISTRATION DU JOURNAL DES NOTAIRES ET DES AVOCATS

RUE DES SAINTS-PÈRES, 52.

1862

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

KJV
1480
.T736
1862
v.4

H. Philippe Gonner

CODE NAPOLÉON

LIVRE III, TITRE II

DES DONATIONS ENTRE-VIFS

ET

DES TESTAMENTS,

Décrété le 13 floréal an XI (3 mai 1803) promulgué le 23 floréal, an XI (13 mai 1803).

CHAPITRE VI.

DES DISPOSITIONS PERMISES EN FAVEUR DES PETITS-ENFANTS DU DONATEUR OU TESTATEUR, OU DES ENFANTS DE SES FRÈRES ET SOEURS.

SOMMAIRE.

2210. Considérations sur la substitution officieuse.

2210. Lorsque les rédacteurs du Code se déterminèrent à priver le père de famille de l'arme de l'exhérédation (1), ils sentirent le besoin de remplacer ce droit redoutable par quelque disposition qui conservât au pouvoir paternel la force qui lui est nécessaire pour se faire respecter. Ils donnèrent donc au père de famille le droit de priver de toute la portion disponible l'enfant dont il aurait à se plaindre (2). C'est là

(1) Séance du 26 frimaire an x. Discussion au Conseil d'État (Locré t. VII, p. 17. Fenet, t. X, p. 482).

(2) *Supra*, n° 757.

une exhérédation mitigée, qui, sans doute, laisse au fils son entière légitime, mais qui pourtant le prive d'une part importante de l'hoirie paternelle.

Ils eurent un moment la pensée d'aller plus loin, et, lors de la discussion du titre *de la puissance paternelle*, il leur parut juste que le père de famille, témoin des penchants dissipateurs de son fils, pût étendre sur lui sa prévoyance tutélaire en le restreignant au simple usufruit même de sa légitime.

C'était là une sorte d'imitation de l'exhérédation officieuse, ou *bona mente*, qui se pratiquait dans l'ancienne jurisprudence et qui consistait à réduire le fils prodigue à des aliments en faisant passer les biens aux petits-fils. Cette exhérédation différait de l'exhérédation proprement dite, en ce qu'on la considérait moins comme une peine que comme une sage précaution d'un père voulant assurer la subsistance à son fils dissipateur (1).

Dans ce projet du Code, le fils prodigue n'était pas réduit à des aliments; il avait l'usufruit de toute sa portion héréditaire. Ce n'était donc pas une exhérédation. C'était une disposition limitative à laquelle ses auteurs donnaient le nom de disposition officieuse.

Pour que la volonté de l'aïeul eût son effet, il fallait qu'elle fût exprimée par testament, que la dissipation à laquelle se livrait le fils fût notoire, que la cause de la disposi-

(1) On prétendait que cette exhédération était autorisée par la loi 16, § 2, au Dig., *De curat. furios.* Ce point faisait pourtant difficulté entre les auteurs. Furgole (*Des testam.*, ch. 8, sect. 2, n° 98) opposait à cette loi la loi 9, au Code, *De impuberib. et aliis substit.*, qui, tout en permettant au père et à la mère de substituer exemplairement, leur ordonnait néanmoins de laisser la légitime à leur fils imbécile. D'ailleurs, selon lui, la novelle 18, ch. 3, dérogeait à la loi précitée *De curat. furios.*; car elle voulait expressément que la légitime fût laissée en toute propriété et usufruit.

tion fût spécialement désignée, qu'elle fût juste et encore subsistante à l'époque de la mort (1).

Ce système fut adopté dans les délibérations qui eurent lieu sur le titre de *la puissance paternelle* (2). Mais on s'aperçut que les dispositions qui en étaient l'expression seraient mieux à leur place au titre des *donations et testaments*, où il fut transporté par un ordre du premier consul (3).

Mais quand arrivèrent les discussions sur ce titre, on vit dans la disposition officieuse des inconvénients qui d'abord n'avaient pas assez frappé le conseil d'État. N'était-ce pas en effet permettre au père de proclamer son fils dissipateur? Comment avec cette note d'infamie pourrait-il se présenter pour les emplois publics? Comment obtiendrait-il la con-

(1) Ch. 2 du tit. 1 du projet de loi sur la *puissance paternelle* (*De la disposition officieuse*) :

Art. 10. Quand un enfant se livrera à une dissipation notoire, ses père et mère pourront léguer, par une disposition officieuse, aux descendants nés et à naître de cet enfant, l'entière propriété de sa portion héréditaire, et réduire ce dernier au simple usufruit de cette portion.

Art. 11. La disposition officieuse ne pourra être faite que par acte testamentaire.

La cause devra y être spécialement exprimée; elle devra être juste et encore subsistante à l'époque de la mort du père ou de la mère disposants.

Art. 12. Les descendants de l'enfant dissipateur ne pourront, de son vivant, disposer de la propriété dont ils seront saisis en vertu de la disposition officieuse.

Art. 13. L'usufruit laissé à l'enfant dissipateur pourra être saisi par les créanciers qui lui auront fourni des aliments depuis sa jouissance.

Les autres créanciers, soit antérieurs, soit postérieurs à l'ouverture de cette jouissance, ne pourront saisir l'usufruit que dans le cas où il excéderait ce qui peut convenablement suffire à la subsistance de l'enfant dissipateur.

Art. 14. Les créanciers ne pourront attaquer la disposition officieuse qu'autant qu'elle aura été faite sans cause légitime ou exprimée.

Art. 15. La mère, constant le mariage, ne pourra frapper l'enfant commun d'une disposition officieuse sans l'autorisation ou le consentement exprès de son mari.

(2) M. Locré, t. VII, p. 3.

(3) M. Locré, t. VII, p. 3.

fiance dans les professions libérales et lucratives? Et puis le fils manquerait-il de moyens pour se faire relever par les ribunaux de cette imputation de dissipation quelquefois très-difficile à prouver, et n'ouvrirait-on pas une porte à de scandaleux débats (1)? Ne mettrait-on pas le fils aux prises avec la mémoire de son père et même avec ses propres enfants (2)? Enfin la réduction à l'usufruit de toute la portion héréditaire ne portait-elle pas atteinte à la réserve, dont l'intégrité est considérée par le Code comme inattaquable (3)? D'ailleurs, la faculté de donner un conseil au prodigue ne paraît-elle pas une garantie suffisante pour la conservation de sa fortune? Autrement, ne serait-ce pas cumuler les entraves et porter la rigueur jusqu'à l'injustice (4)?

Ces considérations amenèrent une profonde modification du projet.

On se borna à donner aux pères et mères qui croiraient avoir à se plaindre de leur fils, la faculté d'assurer à leurs petits-enfants la portion de biens dont la loi leur laisse la libre disposition, en grevant les fils de l'obligation de rendre ces biens à leurs enfants nés ou à naître au premier

(1) Le premier consul disait, à la séance du 7 pluviôse an XI : « Il y a » même, entre la disposition officieuse et la substitution telle qu'elle est pro- » posée, une différence qui rend cette dernière préférable sous le rapport de » la morale : c'est que les tribunaux peuvent quelquefois intervenir dans la » disposition officieuse pour en apprécier les motifs, et avoir ainsi à prononcer entre le père et le fils, tandis que la substitution n'est qu'une institution » au deuxième degré qui n'a rien d'offensant pour le grevé et qui ne peut » donner lieu à aucune discussion personnelle. » (Locré, t. XI, p. 99, Fenet, t. XII, p. 271.)

(2) *Exposé des motifs*, par M. Bigot de Préameneu, du 2 floréal an XI Fenet, t. XII, p. 562 et suiv. Locré, t. XI, p. 409 et suiv.)

(3) M. Berlier, discussion au Conseil d'État, séance du 7 pluviôse an XI (Fenet, t. XII, p. 274. Locré, t. XI, p. 103). M. Bigot, *Exposé des motifs, loc. cit.*

(4) M. Berlier, *loc. cit.*

degré (1). « Par ce moyen, disait M. Bigot de Préameneu, » la réserve légale reste intacte; la volonté du père ne s'ap- » plique qu'à des biens dont il est absolument le maître de » disposer; elle ne peut être contestée ni compromise; elle » ne porte plus les caractères d'une peine contre l'enfant » grevé de restitution; elle pourra s'appliquer à l'enfant » dissipateur comme à celui qui déjà aura eu des revers de » fortune, ou qui par son état y serait exposé (2). »

Quoiqu'une pareille disposition présente évidemment une charge de conserver et de rendre, on évita de lui donner le nom de substitution, tant était grande alors la crainte qu'inspirait ce mot! Il est vrai que M. Bigot de Préameneu s'est efforcé d'atténuer ce caractère (3) : « On voit, dit-il, que la » faculté accordée aux pères et mères de donner à un ou » plusieurs de leurs enfants tout ou partie des biens dis- » ponibles, à la charge de les rendre aux petits-enfants, a » si peu de rapport avec l'ancien régime des substitutions » qu'on ne lui en a pas même donné le nom »..... « Ainsi, » cela est contraire aux anciennes substitutions, en ce que » l'objet de la faculté donnée aux disposants n'est point de » créer un ordre de succession et d'intervertir les droits na- » turels de ceux que la loi eût appelés, mais plutôt de » maintenir cet ordre et ces droits en faveur d'une généra- » tion qui en eût été privée. Dans les anciennes substitutions, » c'était une branche qui était préférée à l'autre; dans la » disposition nouvelle, c'est une branche menacée et que » l'on veut conserver! »

Malgré ces raisons, on est forcé de reconnaître dans la disposition en question une véritable substitution. Sans

(1) Séance du 7 pluviôse an XI (Fenet, t. XII, p. 274. Locré, t. XI, p. 103).

(2) Locré, t. XI, p. 411, 412. Fenet, t. XII, p. 564.

(3) Fenet, t. XII, p. 565. Locré, t. XI, p. 412.

doute elle est assez strictement limitée; mais elle est pourtant absolument semblable aux anciennes substitutions dans les éléments constitutifs de ce genre de disposition (1).

Tel est, dans le Code Napoléon, le système qui organise le pouvoir coercitif du père de famille; système équitable et modéré qui concilie la sévérité et l'affection, et qui fait de la puissance paternelle un pouvoir protecteur et non un pouvoir tyrannique et redouté. Le père peut enlever à son fils la portion disponible. Mais c'est là un moyen extrême, une sorte d'*ultima ratio* devant lesquels la nature résiste quelquefois. Si le législateur n'eût autorisé la substitution officieuse dont nous nous occupons, le père se serait trouvé placé quelquefois en présence d'une punition qui lui aurait paru trop rigoureuse, et il aurait pu reculer devant son application, au risque de laisser affaiblir dans ses mains le respect qui lui est dû. La substitution officieuse vient à son secours et concilie la sévérité et l'indulgence; elle mitige le droit du père de priver son fils de la portion disponible. Elle est sans doute une sévérité en un sens; mais à un autre point de vue, elle est un tempérament et un adoucissement.

Quelques moralistes exagérés ont trouvé que le Code Napoléon n'a pas armé le pouvoir paternel d'une coercition assez redoutable. Ils ont soutenu que jamais nation civilisée et amie des mœurs n'avait relâché, autant que nous, le frein du pouvoir des pères. Nous sommes d'un avis contraire, et nous louons le Code Napoléon d'avoir écarté un rigorisme qui nous ferait tristement remonter le cours des âges. Chaque siècle à ses mœurs, et le nôtre se révolterait avec raison contre des sévérités analogues à celles des premiers temps du droit romain. Rarement les pères de famille se servent des châtiments que la loi met entre leurs mains. La ten-

(1) Toullier, t. V, n° 720. Maleville, t. II, p. 502. Grenier, n° 357.

dresse des pères hésite devant cet exercice rigoureux de la puissance paternelle; que serait-ce donc si l'on ressuscitait des pénalités outrées et condamnées par nos habitudes?...

ARTICLE 1048.

Les biens dont les pères et mères ont la faculté de disposer, pourront être par eux donnés, en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs enfants, par actes entre-vifs ou testamentaires, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits donataires.

ARTICLE 1049.

Sera valable, en cas de mort sans enfants, la disposition que le défunt aura faite par acte entre-vifs ou testamentaire, au profit d'un ou plusieurs de ses frères ou sœurs, de tout ou partie des biens qui ne sont point réservés par la loi dans sa succession, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits frères ou sœurs donataires.

ARTICLE 1050.

Les dispositions permises par les deux articles précédents, ne sont valables qu'autant que la charge de restitution sera au profit de tous les enfants nés et à naître du grevé, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe.

SOMMAIRE.

2211. Conditions exigées par le Code pour les substitutions officieuses.
2212. Lois du 17 mai 1826 et du 11 mai 1849.
2213. Quelles personnes ont le droit de substituer ? — *Quid* de l'aïeul ?
2214. Conditions auxquelles les frères et sœurs peuvent substituer.
2215. La condition de *mort sans enfants* est-elle remplie si l'enfant né après la donation n'existe plus au décès du substituant ?
2216. *Quid* si le substituant laisse un enfant naturel reconnu ?
2217. Suite.
2218. Suite.
2219. *Quid* de l'enfant adoptif ?
2220. *Quid* des enfants renonçants ou indignes ?
2221. Des personnes en faveur desquelles peut être imposée la charge de rendre. — Des enfants à naître.
2222. Sens des mots *au premier degré*.
2223. La charge doit être faite au profit de tous les enfants sans exception.
2224. Il y aurait nullité si les enfants à naître n'étaient pas compris dans la disposition.
2225. Du reste, l'inobservation d'une seule des conditions prescrites par le Code entraîne la nullité de la disposition pour le tout.
2226. Au cas où la quotité disponible a été dépassée, la disposition est seulement réductible.
2227. La réserve doit rester intacte. — Conséquence dans le cas d'un prélegs fait à la condition de grever la réserve.

COMMENTAIRE.

2211. Ces articles règlent donc la matière des substitutions dites officieuses, introduites par une exception spéciale en considération d'intérêts de famille dignes de faveur et avec des ménagements qui enlèvent à ces dispositions les inconvénients ordinaires des substitutions (1).

D'abord, la substitution officieuse ne peut jamais porter que sur la quotité disponible. Il est de principe, en effet,

(1) *Supra*, n° 172.

que la réserve doit toujours demeurer intacte. Elle est affectée aux enfants par droit de nature et par une sorte de copropriété qui enlève au père de famille le droit d'en disposer à titre gratuit.

La substitution officieuse ne peut être pratiquée, 1° que par les pères et mères envers l'un ou plusieurs de leurs enfants; 2° que par les frères ou sœurs, qui ne laissent pas d'enfants à leur décès, envers l'un ou plusieurs de leurs frères ou sœurs.

En outre, ces dispositions ne peuvent avoir lieu qu'au profit des enfants nés et à naître du grevé, et elles doivent être faites indistinctement au profit de tous ces enfants, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe. La loi a ici en vue la descendance tout entière; elle ne souffre dans son sein ni omission ni inégalité. Elle appelle même les enfants à naître, quoiqu'en général ils ne soient pas personnes capables (1).

Enfin, il faut que les appelés se trouvent au premier degré de parenté avec les grevés.

2212. Avant d'entrer dans l'examen plus détaillé de ces diverses conditions, remarquons combien la substitution officieuse est différente des substitutions autorisées par la loi du 17 mai 1826. Dans le système de cette dernière loi, il n'était pas nécessaire, pour faire une substitution de la portion disponible, d'être père, mère, frère ou sœur du donataire; le grevé ne devait pas nécessairement être parent du donateur, et l'on n'exigeait pas que les enfants nés ou à naître fussent appelés à la substitution indistinctement. Enfin, la substitution pouvait s'étendre jusqu'au deuxième degré inclusivement.

Cette loi n'était qu'un débris d'un projet de loi plus étendu qui avait pour but d'établir une sorte de préciput légal en

(1) *Supra*, n°s 608, 609. *Infra*, n°s 2340, 2221.

faveur de l'aîné des enfants. Par un renversement des principes posés par le Code Napoléon et puisés dans le droit naturel, ce projet, auquel le public donna le nom de loi du droit d'aînesse, érigeait l'inégalité entre enfants en règle fondamentale de la succession *ab intestat :* pour rentrer dans l'égalité, il fallait une volonté expresse du père de famille, cédant au cri de la nature. On sait que cette partie du projet fut rejetée par la chambre des pairs, après un très-vif mouvement de l'opinion publique qui se prononça énergiquement contre un retour à des idées tout à fait en dehors de nos mœurs modernes.

Il n'en resta donc qu'un seul article qui devint la loi du 17 mai 1826; c'était l'article qui avait trait aux substitutions; il était ainsi conçu :

« Les biens dont il est permis de disposer aux termes des » art. 913, 914 et 915 du Code civil, pourront être donnés » en tout ou en partie, par actes entre-vifs ou testamentaires, » avec la charge de les rendre à un ou plusieurs enfants du » donataire, nés ou à naître, jusqu'au deuxième degré inclu- » sivement. Seront observés, pour l'exécution de cette dis- » position, les art. 1051 et suiv. du Code civil jusques et y » compris l'art. 1074. »

Cette loi fut peu populaire. Les pères de famille en usèrent rarement (1), en sorte que la loi du 11 mai 1849 qui l'abrogea, n'occasionna pas un trouble sérieux dans les intérêts de la famille (2).

(1) *Supra*, nos 170, 171.

(2) Voici les art. de la loi du 11 mai 1849 qui ont prononcé cette abrogation :

« Art. 8. La loi du 17 mai 1826 sur les substitutions est abrogée.

» Art. 9. Les substitutions déjà établies sont maintenues au profit de tous les appelés nés ou conçus lors de la promulgation de la présente loi.

» Lorsqu'une substitution sera recueillie par un ou plusieurs des appelés dont il vient d'être parlé, elle profitera à tous les autres appelés au même de-

2213. Revenons maintenant aux dispositions édictées par le Code dans nos articles, lesquels, comme on le voit, ont échappé à ces variations de la législation.

Comme la substitution officieuse est une exception à la prohibition des substitutions en général, le droit de la créer ne saurait être étendu à des personnes autres que celles qui ont été désignées par le Code Napoléon.

Il suit de là que l'on ne peut étendre à l'aïeul le droit accordé par l'art. 1048 au père et à la mère de faire une substitution (1).

Ce point a paru cependant à quelques auteurs (2) faire difficulté, et sans tenir compte de cette expression « les pères ou mères » employée par l'art. 1048, ils se sont attachés à cette autre expression du même article, « leurs enfants, » et ils y ont vu une raison de décider en faveur de l'aïeul. Ce mot enfants, ont-ils dit, se prend souvent en droit pour descendants (3). Pourquoi ne pas lui donner ce sens dans l'espèce? Car il n'y a pas de raison pour refuser à l'aïeul le droit concédé au père et à la mère.

Mais le vice de cette argumentation est palpable : au lieu de se décider par les paroles décisives, elle va prendre ses points d'appui dans les paroles équivoques. Elle ne voit pas, surtout, que le sens du mot « enfants » est limité par les mots « les pères et mères ». Et, en effet, la discussion au conseil d'État constate que l'intention du législateur a été de restreindre le droit de substitution officieuse au père ou à la mère. Car le tribunat ayant proposé d'ajouter aux mots

gré ou à leurs représentants, quelle que soit l'époque où leur existence aura commencé. »

(1) Paris, 23 août 1850 (Devill., 50, 2, 611. *Palais*, 1851, t. 4, p. 274).

(2) Delvincourt, t. II, p. 616. MM. Duranton, t. IX, n° 525. Vazeille, n° 3, sur l'art. 1048. Dalloz, *Substitutions*, sect. 2, art. 1, n° 2.

(3) Paul, l. 84, D., *De verb. signif.* C. Nap. art. 914.

« pères et mères, enfants, » ceux-ci : « et autres ascendants... descendants, » cette proposition fut rejetée (1).

2214. Le droit de substituer, ainsi que nous l'avons dit, appartient encore aux frères et sœurs du donataire; mais pour que la disposition soit valable, il faut que le disposant meure sans enfants. Peu importe qu'à l'époque où il a fait la substitution, il eût des enfants, si ces enfants sont ensuite décédés avant lui. Ce que la loi exige pour la validité de la substitution, c'est que le disposant meure sans enfants.

2215. Si, la substitution étant faite par donation entre-vifs, il survient postérieurement un enfant au donateur, il ne faut pas croire que la mort de cet enfant, avant le donateur, fasse revivre la substitution révoquée de plein droit en vertu de l'art. 960 du Code Napoléon (2).

Il est vrai que le donateur remplit la condition exigée par notre article de mort sans enfants; mais il meurt en ne laissant après lui qu'une libéralité révoquée et éteinte. D'ailleurs l'art. 1049 n'a point entendu faire exception au grand principe de la révocation de plein droit des donations pour survenance d'enfants (3).

2216. Mais que doit-on entendre ici par enfants? S'agit-il seulement des enfants légitimes? Faut-il annuler la disposition si le disposant laisse un enfant naturel reconnu?

Pour résoudre cette question, supposons d'abord que la disposition a été faite par acte entre-vifs. Alors de deux choses l'une : ou la reconnaissance aura eu lieu postérieure-

(1) Fenet, t. XII, p. 464. Locré, t. XI, p. 329. *Junge* Toullier, t. V, n° 723. Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, v° *Substit.*, n° 115. MM. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. III, n° 61. Coin-Delisle, n° 2, sur l'art. 1048.

(2) M. Toullier, t. V, n° 797. Rolland de Villargues. *Répert. de Favard*, v° *Substit.*, ch. 2, sect. 2, § 6, n° 17.

(3) Delvincourt, t. II, p. 399. Grenier, n° 360. MM. Duranton, t. IX, n°s 527 et 528. Vazeille, n° 2, sur l'art. 1049. Coin-Delisle, n° 8, sur les art. 1048, 1049, 1050. *Supra*, n°s 1364 et suiv.

ment à la donation, ou bien cette reconnaissance était déjà un fait accompli au moment de l'acte de donation.

Dans le premier cas, la question peut se décider à l'aide des principes établis par le Code pour la révocation pour survenance d'enfant. Nous avons vu plus haut (1) que la loi n'admet pas que la survenance d'un enfant naturel reconnu puisse révoquer une donation, et qu'elle n'attribue cet effet qu'à la naissance d'un enfant légitime, ou légitimé par mariage subséquent. Or, si l'enfant naturel reconnu n'est pas considéré comme enfant pour faire révoquer la donation du vivant du père, n'y aurait-il pas contradiction à prétendre qu'à sa mort l'enfant devra être considéré comme enfant capable de faire révoquer la donation? Comment pourrait-il se faire que la reconnaissance laissant subsister la disposition, fût une cause de nullité eu égard à la condition?

2217. Supposons maintenant que la reconnaissance soit antérieure à la donation; nous arriverons à la même conclusion.

En effet, il est constant, en cette matière, que la survenance d'un enfant postérieur à la donation, est un événement qui affecte cet acte plus profondément que l'existence d'un d'un enfant né antérieurement. La reconnaissance de l'enfant, qui est ici l'équipollent de la naissance, n'ébranle pas la donation quand elle la suit, elle doit à plus forte raison la laisser subsister quand elle précède.

Cette solution se corrobore de la disposition de l'art. 2 du titre 1 de l'ordonnance de 1747, qui permet de croire que la condition « sans enfants » ne s'entend pas en général des enfants naturels; car, en parlant de la condition que le grevé vienne à décéder sans enfants, cet article dit « qu'il ne » faut pas avoir égard à l'existence des enfants naturels,

(1) Art. 960, nos 1372, 1369.

» même légitimés autrement que par mariage subsé-
» quent. »

2218. Arrivons maintenant au cas où la disposition a été faite par testament. Il n'est pas possible que ce qui se peut faire par donation soit défendu par la voie du testament. Le législateur a entendu parler d'une filiation légitime (comme le prouve, du reste, l'ordonnance précitée), et il n'y a qu'une descendance fondée sur le mariage qui puisse enlever au père de famille le droit écrit dans notre article.

2219. Ce que nous disons de l'enfant naturel reconnu, nous l'appliquons à l'enfant adoptif. A la vérité, l'article 350 du Code Napoléon accorde au fils adoptif, sur la succession de l'adoptant, les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage. Mais il faut remarquer qu'il ne s'agit pas, dans l'art. 1049, de régler des droits successifs. Ce texte ne fait que régler les conditions de validité d'une disposition à titre gratuit. Toute la question est donc de savoir si la filiation conventionnelle et fictive de l'adopté crée un enfant dans le sens de l'art. 1049.

Lorsque nous avons examiné une question analogue dans notre commentaire de l'art. 960, la question de savoir si l'adoption révoque les donations faites par l'adoptant, nous l'avons résolue contre l'adopté, et nous nous sommes déterminé par des motifs qui peuvent être invoqués ici, à savoir que l'adoption est une fiction, qu'elle procède de la volonté de l'homme, et qu'on ne saurait lui attribuer des droits exceptionnels qui proviennent de la nature, de la conception et du mariage (1).

2220. On ne doit pas considérer comme mort sans enfants le disposant qui laisse des enfants qui renoncent à la succession, ou qui en sont privés pour raison d'indignité. Ce

(1) *Supra*, no 1373.

point est trop clair pour avoir besoin de plus amples explications (1).

2221. Occupons-nous maintenant des personnes en faveur desquelles peut être imposée la charge de rendre.

La loi dit dans les art. 1048 et 1049 : « Avec la charge de » rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier » degré seulement, des donataires. » Ici se fait remarquer une singularité. C'est que les enfants à naître sont appelés aussi bien que les enfants nés du grevé. En principe, cependant, les enfants à naître sont incapables; car la première condition pour recevoir une libéralité, c'est d'être né ou conçu (2). Mais la matière de la substitution officieuse commandait cette exception au droit commun. Le législateur qui a en vue l'intérêt de la famille, et qui veut maintenir l'égalité entre enfants, aurait manqué son but si les enfants à naître n'eussent eu des droits aussi sacrés que ceux des enfants déjà nés au moment de la libéralité; ils ont donc une capacité que notre article a sagement reconnue.

2222. Ces expressions de notre article : « Au premier degré seulement » ont été diversement interprétées.

Il ne faut pas croire, comme M. Delvincourt (3), que ces mots « au premier degré » signifient au premier degré de substitution, avec un seul degré de substitution, quel que soit du reste, entre les appelés, le degré de parenté. Les mots « au premier degré des donataires » indiquent qu'il ne s'agit là que d'un degré de parenté et non d'un degré de substitution.

L'erreur ne serait pas moindre si l'on prétendait, avec

(1) M. Coin-Delisle, n° 10, sur les art. 1048 et suiv. *Contra* : Vazeille, n° 4, sur l'art. 1049.

(2) *Infra*, n° 2341. *Supra*, nos 608, art. 906 du C. Nap.

(3) Note 6, sur la p. 104.

quelques auteurs (1), que le premier degré de parenté est ici la degré le plus proche, c'est-à-dire celui qu'aucun autre ne précède (2). Quelle serait en effet la conséquence de cette opinion? C'est que le fils gratifié, qui a perdu son fils unique et qui a des petits-enfants, pourrait être chargé de rendre les biens donnés à ses petits-enfants, qui, étant vis-à-vis de lui au degré le plus proche, se trouvent ainsi au premier degré. Il en résulterait que les petits-enfants au deuxième, ou même au troisième degré, pourraient ainsi être appelés à bénéficier de la substitution.

Il suffit d'énoncer ces résultats, et de les combiner avec notre texte pour en apercevoir l'illégitimité. Le sens naturel des mots « au premier degré » est « à la première génération. » En effet, les enfants nés ou à naître au premier degré du donataire, ne sont-ils pas par rapport à ce donataire les enfants de la première génération? Ce qui achève, du reste, de faire disparaître à cet égard toute espèce de doute, c'est la signification non équivoque que l'art. 1051 donne aux mots « premier degré » quand il oppose les enfants du premier degré aux descendants d'un enfant prédécédé (3).

2223. Il ne suffit pas que les enfants nés ou à naître du donataire, appelés à recevoir la substitution, soient au premier degré. Il faut de plus que la charge de restitution soit faite au profit de tous, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe. Le législateur n'a voulu rien qui ressemblât aux anciennes substitutions; il n'admet ni exclusion des cadets et des filles, ni préférence agnatique. L'égalité est la règle dont il ne se départit pas.

2224. Il y a plus : si le disposant avait, soit explicitement,

(1) Maleville sur l'art. 1051. MM. Duranton, t. IX, n° 526. Vazeille sur l'art. 1048, n° 4.

(2) Paul, l. 92, D., *De verb. signif.*

(3) Toullier, t. V, n° 726. M. Coin-Delisle, n° 4, sur les art. 1048 et suiv.

soit implicitement, exclu les enfants à naître, la disposition serait nulle, alors même que le donataire grevé n'aurait pas laissé d'autres enfants que ceux qui existaient au moment de l'acte. C'est ce qu'a jugé la cour de Bruxelles, le 14 juillet 1808 (1), dans une espèce où le testateur avait institué l'un de ses fils son héritier universel, « à la charge par » lui. . . . . de ne point aliéner les biens fonds » de la succession, et de les laisser à ses deux enfants. » En limitant à ses deux enfants seulement la restitution, le testateur avait nécessairement exclu les enfants à naître.

Mais il faudrait être moins rigoureux, si la clause, dans sa généralité, pouvait raisonnablement embrasser les enfants nés et à naître. C'est ce que prouve un arrêt du 31 mars 1807 (2) de la cour de cassation, dans une espèce où elle avait à statuer sur cette clause : « Je donne à mon fils à » charge de rendre à mes petits enfants issus de lui. »

2225. Telles sont les conditions tracées par le Code Napoléon, pour que les substitutions qu'il permet de faire soient efficaces. L'inobservation de ces conditions devrait avoir pour effet d'annuler la disposition pour le tout. La substitution, en effet, ne serait plus celle que la loi autorise; ce serait une substitution prohibée, rentrant sous le coup de l'art. 896 (3).

La cour de cassation, par arrêt du 27 juin 1811 (4), l'a ainsi jugé dans les circonstances suivantes :

Un sieur Joseph Drion avait fait un testament par lequel il instituait son frère François Drion son légataire universel, à la charge 1°..... 2° d'employer l'argent de la succession à acheter des immeubles qu'il devrait laisser par moitié aux

(1) Devill., 3, 1, 371.

(2) Devill., 3, 1, 366. Voy. aussi Grenier, n° 360.

(3) MM. Dalloz, *loc. cit.*, n° 9. Vazeille, n° 5, sur l'art. 1049. Coin-Delisle, n° 16, sur les art. 1048 et suiv.

(4) Devill., 3, 1, 371. *Palais*, t. IX, p. 422.

enfants qu'il aurait à son décès d'une part, et d'autre part aux enfants du sieur Adrien Drion leur frère commun.

D'autres frères et sœurs attaquèrent ce testament comme contraire à l'art. 896 du Code, qui prohibe les substitutions.

François Drion répondit que les dispositions du testament étaient conformes à l'art. 1049 du Code, sauf dans la partie concernant les enfants de son frère Adrien Drion; que cette disposition particulière pouvait être déclarée nulle; mais que le surplus devait être maintenu.

La cour de Bruxelles (1) avait admis sur ce point ce moyen; elle avait jugé que la deuxième substitution fidéicommissaire, nulle par rapport aux enfants d'Adrien Drion, n'en était pas moins valable au profit des enfants du grevé. Mais la cour de cassation cassa cet arrêt par ce motif que les enfants d'Adrien Drion n'étaient point les enfants du donataire; que la substitution leur était commune avec les enfants de celui-ci, et que, dès lors, cette substitution se trouvant hors du cas de l'art. 1049, retombait pour le tout sous la prohibition de l'art. 896, etc., etc. (2).

2226. Toutefois, si la disposition n'était attaquable que pour avoir dépassé la mesure de la quotité disponible, il ne faudrait pas en conclure qu'elle serait nulle. Elle serait seulement réductible comme toutes les autres donations qui empiètent sur la réserve légale. L'art. 920 seul serait applicable ici, et non l'art. 896 (3).

2227. Nous disions tout à l'heure que la réserve ne saurait être affectée par la substitution officieuse (4).

(1) Devill., *loc. cit. Palais, loc. cit.*

(2) *Junge* Merlin, Répert., v° *Subst. fidéicommiss.*, sect. 1, § 14, n° 3. Rolland de Villargues, Répert. Favard, v° *Subst.*, ch. 2, sect. 2, § 1, n°s 13, 14. MM. Duranton, t. IX, no 524. Vazeille, n° 5, sur l'art. 1049. Cour de Paris, 14 juin 1826 (Dalloz, 26, 2, 123).

(3) M. Duranton, t. IX, n° 533.

(4) *Supra*, n° 2210.

Quelques jurisconsultes (1) ont imaginé cependant un moyen d'arriver à ce résultat; ils posent l'hypothèse d'un père qui ferait à son fils un prélegs, sous la condition que non-seulement ce prélegs, mais la totalité de sa part héréditaire seraient grevés de la charge de restitution, et ils prétendent que le fils qui aurait accepté le prélegs, serait tenu d'accepter le fidéicommis. Leur raison, c'est que le fils a la libre disposition de sa légitime et qu'en acceptant le legs fait avec charge de la rendre, c'est lui-même qui en dispose.

Mais cette opinion n'est pas soutenable; elle ne tendrait à rien moins qu'à porter atteinte à la réserve et à faire renaître des abus condamnés par le Code Napoléon; elle serait un piége pour le fils gratifié qui accepterait le legs; elle offrirait un appât captieux à la violation de la loi. Apposer à un legs une condition qui porte atteinte à la réserve, c'est imposer une condition illégale : car la défense, faite par les art. 1048 et 1049, de substituer les biens réservés, est une défense de droit public, et il n'y a pas de moyen détourné qui puisse militer contre elle (2).

(1) Merlin, Répert., v° *Peine testam.*, n° 7. Delvincourt, t. II, p. 100, note 2. M. Dalloz, v° *Substit.*, *loc. cit.*, n° 15. Toullier, t. V, n° 754. *Junge* un arrêt du parlement de Paris, du 25 août 1662, rapporté par Merlin, *loc. cit.* Lebrun (*Des success.*, l. 2, ch. 3, sect. 4, n°s 2 à 12) enseigne cette opinion, que l'on ne peut soutenir que la légitime est grevée, lorsque l'on donne au fils le choix de son legs ou de sa pleine légitime.

(2) Ricard (*Donat.*, part. 3, n°s 1128 et suiv.) cite, à l'appui de cette opinion qu'il soutient, la loi 32, au Code, *De inoffic. testam.*, ainsi conçue : « ... *Hoc in præsenti addendum esse censemus, ut si conditionibus quibusdam* » *vel dilationibus, aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud* » *gravamen introducente, eorum jura qui ad memoratam actionem voca-* » *bantur, minuta esse videantur; ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dis-* » *positio, moram vel quodcumque onus introducens tollatur, et ita res* » *procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.* » *Infra*, n° 2232.

Article 1051.

Si, dans les cas ci-dessus, le grevé de restitution au profit de ses enfants, meurt, laissant des enfants au premier degré et des descendants d'un enfant prédécédé, ces derniers recueilleront, par représentation, la portion de l'enfant prédécédé.

SOMMAIRE.

2228. Cas dans lequel la représentation est autorisée dans les substitutions.
2229. De l'ancien droit sur ce point.

COMMENTAIRE.

2228. La substitution officieuse a été particulièrement admise pour procurer, aux enfants du grevé, une succession qui pouvait se perdre ou s'amoindrir en passant par les mains de ce dernier. La loi a donc voulu que cette succession leur arrivât avec les mêmes avantages que si elle leur fût échue en vertu de la disposition de la loi. Déjà nous avons vu une première preuve de cette idée dans l'article qui veut que tous les enfants soient appelés sans préférence ni différence et avec une entière égalité. En voici une seconde : notre article veut que si parmi les enfants appelés il y en a un qui meure avant l'ouverture de la substitution, ses enfants prennent sa place par droit de représentation, absolument comme dans le cas de succession légitime; s'il en eût été autrement, l'appelé à la substitution qui aurait survécu au grevé, aurait écarté les descendants de son frère prédécédé; il se serait enrichi au détriment des enfants de son frère et l'égalité eût été profondément blessée.

2229. Cette disposition de notre article est très-remarquable. En effet, en matière de disposition testamentaire, et par conséquent en matière de substitution, la représentation n'est pas admise de droit. Si le gratifié décède avant le disposant, la libéralité est caduque (art. 1039) (1); car les libéralités sont personnelles. Le légataire doit recueillir, et s'il décède avant d'avoir recueilli, il ne transmet pas à ses héritiers l'espérance de son droit. C'est ce qu'avait décidé l'ordonnance de 1747 (2). En cela elle était conforme aux vrais principes.

Elle faisait cependant une exception : l'art. 21 du titre Ier admettait la représentation, soit lorsque le testateur avait ordonné expressément qu'elle aurait lieu, soit lorsqu'il avait déclaré que la substitution serait déférée suivant l'ordre des successions légitimes (3).

Or, l'esprit de la substitution officieuse est précisément que la portion disponible ne soit qu'un dépôt entre les mains du grevé, et qu'elle soit déférée suivant l'ordre de la succession légitime. Notre article ne fait donc que se conformer aux idées consacrées par l'ordonnance de 1747, en

(1) *Supra*, n° 2121.

(2) T. I, art. 20 : « Ceux qui sont appelés à une substitution, et dont le droit n'aura pas été ouvert avant leur décès, ne pourront, en aucun cas, être censés en avoir transmis l'espérance à leurs enfants et descendants, encore que la substitution soit faite en ligne directe par les ascendants, et qu'il y ait d'autres substitués appelés à la même substitution, après ceux qui seront décédés, et leurs enfants ou descendants. »

(3) T. I, art. 21. : « La représentation n'aura point lieu dans les substitutions, soit en directe ou en collatérale, et soit que ceux en faveur de qui la substitution aura été faite y aient été appelés collectivement ou qu'ils aient été désignés en particulier, et nommés suivant l'ordre de la parenté qu'ils avaient avec l'auteur de la substitution; le tout à moins qu'il n'ait ordonné, par une disposition expresse, que la représentation y aurait lieu, ou que la substitution serait déférée suivant l'ordre des successions légitimes. »

sous-entendant le droit de représentation dans la substitution officieuse. Le but tout spécial de cette disposition la met dans le cas exceptionnel prévu par l'ordonnance; il dispense le testateur de dire expressément ce qu'il était nécessaire qu'il déclarât hautement dans le système des anciennes substitutions tout à fait contraire à l'égalité et destructif des règles de la succession légitime.

Article 1052.

Si l'enfant, le frère ou la sœur, auxquels des biens auraient été donnés par acte entre-vifs, sans charge de restitution, acceptent une nouvelle libéralité faite par acte entre-vifs ou testamentaire, sous la condition que les biens précédemment donnés demeureront grevés de cette charge, il ne leur est plus permis de diviser les deux dispositions faites à leur profit, et de renoncer à la seconde pour s'en tenir à la première, quand même ils offriraient de rendre les biens compris dans la seconde disposition.

SOMMAIRE.

2230. Explication de cet article.

2231. Pourquoi la loi a exigé que la charge de restitution ne pût être imposée à une ancienne donation que par une nouvelle libéralité.

2232. Cette charge de restituer serait réductible si elle entamait la réserve.

2233. *Quid* si la deuxième libéralité, étant faite par testament, a été acceptée par le donataire, après que l'inventaire a constaté qu'elle porte atteinte à la réserve ?

2234. *Quid* notamment si le testateur à exprimé la pensée de faire porter la substitution sur la réserve même ?

2235. Droit des tiers lorsque la charge de restitution a été imposée après coup.

COMMENTAIRE.

2230. Cet article est la reproduction presque textuelle de l'article 16 du titre Ier de l'ordonnance de 1747 (1).

Voici le cas qu'il a en vue.

Primus donne à Secundus, son fils aîné, par donation entre-vifs du 11 janvier 1848, faite purement et simplement, tels et tels biens formant la moitié de la portion disponible; puis, par nouvelle donation du 29 novembre 1851, il lui donne le reste de la portion disponible à condition qu'il conservera et rendra à ses enfants nés et à naître la totalité des biens, tant ceux donnés le 11 janvier 1848 que ceux donnés le 29 novembre 1851. Si Secundus accepte cette seconde donation, la première libéralité perd son caractère primitif de donation pure et simple. Le consentement des parties intéressées apporte dans la situation du donataire une modification grave qu'il est obligé de respecter ; car sa renonciation à un avantage dont il était saisi a eu un prix dans la deuxième donation, et le principe de l'irrévocabilité des donations n'éprouve aucune atteinte : « *Volenti non fit injuria* (2). » Il ne peut donc, après son acceptation, ni

(1) N'entendons rien innover, par les art. 13, 14 et 15, en ce qui concerne les dispositions par lesquelles le donateur ferait une nouvelle libéralité au donataire, soit entre-vifs ou à cause de mort, à condition que les biens qu'il lui avait précédemment donnés demeureraient chargés de substitution ; et, en cas que ledit donataire accepte la nouvelle libéralité faite sous ladite condition, il ne lui sera plus permis de diviser les deux dispositions faites à son profit, et de renoncer à la deuxième pour s'en tenir à la première, quand même il offrirait de rendre les biens compris dans la deuxième, avec les fruits par lui perçus.

(2) Papinien, l. 70, § 1 *in fine*, D., *De legat.* 2° : « *Non est audiendus legatarius, legato percepto si velit computare* » Furgole sur l'art. 16 du tit. 1 de l'ord.

diviser les deux donations, ni renoncer à la seconde pour se tenir à la première ; son engagement est absolu, il doit le remplir.

Peu importe, du reste, que cette deuxième libéralité soit faite par donation ou par testament, qu'elle soit considérable, ou qu'elle soit minime!

2231. Remarquons, en outre, qu'il est bien entendu que la substitution officieuse ne peut être imposée après coup à une donation pure et simple, qu'autant que le grevé reçoit une libéralité nouvelle pour indemnité de ce sacrifice. Autrement la substitution manquerait de base; le donateur disposerait de choses qui ne lui appartiennent plus, puisqu'il s'en est dessaisi irrévocablement. Le donataire donnerait un consentement sans cause. Il serait censé avoir cédé à des importunités.

2232. Si, par suite de l'acceptation de la charge de restituer les biens qu'il a reçus précédemment, le donataire voyait sa réserve entamée par la substitution officieuse, son acceptation ne tiendrait que jusqu'à concurrence de la portion disponible; elle n'aurait aucun effet sur la réserve, qui doit toujours rester intacte.

Primus donne, par acte entre-vifs du 11 janvier 1848, à Secundus, son fils aîné, tel immeuble faisant partie de la portion disponible; le 29 novembre 1851, il fait une seconde donation d'un autre immeuble, sous la condition que les deux libéralités seront conservées et rendues aux enfants nés et à naître du donataire. Cette donation est acceptée. Mais au décès du donateur, il est constaté par l'importance de la succession que la quotité disponible a été dépassée, dans la fausse supposition d'un actif qui a disparu. Secundus obligé, en conséquence, de prendre sa réserve sur une portion des biens substitués, la retirera franche et libre jusqu'à due concurrence. D'une part, le donateur n'a pas eu la

pensée de toucher aux légitimes; il n'a voulu faire que ce que la loi l'autorisait à faire : de l'autre, le donataire n'a pas accepté pour entamer sa réserve. Dans tous les cas, la réserve étant une partie de la succession future, n'a pu être l'objet à l'avance d'aucune convention valable (1).

2233. Maintenant, supposons que la deuxième libéralité est faite par testament, et que Secundus accepte le legs, après que l'inventaire de la succession aura constaté l'excédant des libéralités. Nous disons que, même dans ce cas, la réserve reste affranchie. Pourquoi? Parce que le donateur, en faisant une substitution officieuse, n'a pu songer à affecter la réserve qui, d'après la loi, ne saurait en être atteinte; parce qu'en acceptant sa libéralité, le donataire l'a entendue dans le même sens que lui. Le grevé n'a pu vouloir ce que le défunt n'a pas voulu, et ce que la loi veut encore moins (2).

2234. Que si le testateur, se mettant au-dessus de la loi au moment où il use de son bénéfice, avait exprimé la pensée illégale de faire tomber la réserve sous le coup de la substitution, le légataire serait fondé à faire déclarer non écrite une condition contraire aux lois et à l'ordre public ; ou, du moins, la disposition ne vaudrait que jusqu'à concurrence de la portion disponible (3).

2235. Quant aux tiers, il est évident que la charge de restitution, imposée après coup à des biens compris dans

(1) MM. Coin-Delisle, nº 2, sur l'art. 1052. Vazeille, nº 1, sur l'art. 1052. *Contra*, Toullier, t. V, nº 732. Grenier, nº 364. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. III, p. 128 et suiv. (note de M. Ancelot).

(2) Note de M. Ancelot *sur Grenier*, nº 364 (t. III, édit. Bayle-Mouillard, p. 128). *Contra :* M. Coin-Delisle, *loc. cit.*

(3) M. Duranton, t. IX, nºs 532 et 533. *Contra :* Delvincourt, t. II, p. 100, note 2. Rolland de Villargues, *loc. cit.*, note 16. Toullier, t. V, nº 734. M. Dalloz, vº *Substitut.*, sect. 2, art. 2, nºs 15, 16, 17. *Supra*, nº 2225.

une précédente donation, ne pourrait leur préjudicier. Ainsi, les créanciers du donataire qui auraient acquis des droits sur les biens donnés avant qu'ils fussent grevés de substitution, pourraient toujours exercer leurs droits sur ces biens par préférence aux appelés.

Article 1053.

Les droits des appelés seront ouverts à l'époque où, par quelque cause que ce soit, la jouissance de l'enfant, du frère ou de la sœur, grevés de restitution, cessera : l'abandon anticipé de la jouissance au profit des appelés ne pourra préjudicier aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon.

SOMMAIRE.

2236. De l'ouverture du droit des appelés.
2237. Différence entre le grevé et l'usufruitier quant à la jouissance. — La propriété du grevé est une propriété résoluble.
2238. Cause involontaire de cessation de jouissance du grevé donnant ouverture au droit des appelés.
2239. Du cas de survenance d'enfant.
2240. *Quid* si la jouissance du grevé cesse par la révocation de la donation ?
2241. La donation est révocable pour les mêmes causes à l'égard des appelés qu'à l'égard des grevés.
2242. L'enfant qui naît postérieurement à l'ouverture du droit des appelés ne saurait être exclu de la substitution.
2243. Hors le cas de naissance d'un appelé, les droits des appelés restent fixés à ce qu'ils étaient au moment de l'ouverture.
2244. De la cessation de jouissance du grevé par la volonté du grévé. — De l'abandon anticipé.
2245. Effet de cet abandon à l'égard des créanciers du grevé.
2246. De l'ouverture du droit des appelés dans le cas de caducité de la disposition faite au grevé.

2247. Du prédécès, de l'incapacité et de la répudation du grevé quand il s'agit d'une disposition testamentaire.
2248. Des mêmes causes dans le cas de donation.
2249. Les créanciers du grevé peuvent-ils attaquer une renonciation qui leur préjudicie ?

COMMENTAIRE.

2236. Cet article a trait à l'ouverture du droit des appelés; il veut que ce droit s'ouvre lorsque la jouissance du grevé cesse par quelque cause que ce soit.

2237. Remarquons d'abord que cette jouissance du grevé qui va faire place à l'entrée en possession des appelés, ne s'entend pas dans le même sens que la jouissance accordée à l'usufruitier. Le grevé de substitution a beaucoup de rapports, il est vrai, avec l'usufruitier; ainsi, il supporte toutes les dépenses qui sont charges des fruits, et s'il survient de grosses réparations, elles doivent être remboursées lors de l'ouverture du droit des appelés (1). Mais, à la différence de l'usufruitier, il est réellement propriétaire des biens grevés. Ainsi, il peut vendre les biens grevés; et, comme nous l'avons établi dans notre *Commentaire de la vente* (2), la vente ainsi faite n'est pas nulle, elle est seulement résoluble (3). Il en serait de même de l'hypothèque qui aurait été conférée par le grevé sur les biens substitués.

2238. Les causes qui font cesser la jouissance du grevé sont involontaires ou volontaires. Les causes involontaires sont les suivantes :

(1) Toullier, t. V, nos 774, 775. — Il serait même fondé, s'il ne pouvait ou ne voulait faire l'avance des frais de grosses réparations, à se faire autoriser par justice, contradictoirement avec le tuteur à la substitution, à faire à cet effet un emprunt à la charge des appelés.

(2) T. I, n° 212.

(3) Paris, 25 juillet 1850 (Devill., 1850, 2, 459).

La mort naturelle (1),
L'indignité,
L'ingratitude,
L'inexécution des conditions,
L'inobservation des art. 1056 et 1057,
La survenance d'enfants.

Dans tous ces cas, excepté dans le dernier, la cessation de jouissance du grevé emporte l'ouverture du droit des appelés. C'est ce qui résulte formellement des termes de notre article, qui veut que ces droits soient ouverts à l'époque où, pour quelque cause que ce soit, la jouissance du grevé de substitution cessera.

2239. Nous disons que le cas de survenance d'enfants fait exception à cette règle, en sorte que, loin de donner ouverture au droit des appelés, elle le fait tomber avec la disposition. Et, en effet, le droit de faire une substitution officieuse à un collatéral est subordonné à la condition que le donateur n'aura pas ultérieurement d'enfants. La survenance d'un enfant enlève à la libéralité sa cause, sa raison d'être et la vicie dans son essence.

2240. Quant aux autres cas, même dans le cas de résolution, la règle de notre article subsiste dans sa généralité.

On a prétendu, cependant, que lorsque la jouissance du grevé cesse par la révocation de la donation, ou pour ingra-

(1) La mort civile, avant la loi du 31 mai 1854 qui l'a abrogée, était aussi considérée comme faisant cesser la jouissance du grevé, puisque, comme la mort naturelle, elle avait pour effet d'enlever au grevé tous ses biens et d'ouvrir sa succession au profit de ses héritiers (art. 25 du C. Nap.). L'incapacité, qui a remplacé la mort civile, et qui se borne à défendre au condamné à une peine afflictive perpétuelle de disposer ou de recevoir à titre gratuit, n'a point pour effet de faire cesser la jouissance du grevé, lorsqu'elle a déjà commencé avant la condamnation.

titude, ou pour inexécution de conditions, les biens doivent retourner au donateur, sauf à celui-ci à restituer les biens aux appelés, dans le cas où ceux-ci survivraient au grevé, de telle sorte que ce droit des appelés serait ouvert seulement quant à la propriété, mais non quant aux fruits.

La loi ne fait point de pareille distinction. Lors donc que le donateur, auquel seul appartient le droit d'exercer dans ce cas l'action en révocation, aura fait déclarer la donation révoquée, ce ne sera pas à lui, mais aux appelés que les biens seront dévolus.

Toutefois, si les appelés étaient encore à naître, comme aucune dévolution ne pourrait avoir lieu, les biens grevés retourneraient provisoirement au donateur.

2241. Bien entendu, du reste, que si les appelés ne remplissaient pas les conditions de la donation, ou se rendaient coupables d'ingratitude, le donateur aurait contre eux la même action que contre le grevé.

2242. Mais voici une question plus grave :

Supposons que le grevé ayant été privé de sa jouissance par une action résolutoire, il lui survienne un nouvel enfant depuis la dévolution faite à ses autres enfants appelés.... Cet enfant ne pourra-t-il rien réclamer, sous prétexte que les droits des appelés ont été définitivement ouverts et réglés avant sa naissance? Il faut répondre qu'il aura le droit de prendre part, comme les autres, à la substitution. Comment, en effet, justifier son exclusion, en présence du principe qui veut que la substitution ne puisse s'opérer qu'au profit de tous les enfants nés ou à naître du donataire? Il est vrai que l'art. 1053, en disant que le droit des appelés sera ouvert à l'époque où, pour quelque cause que ce soit, la jouissance du grevé cessera, paraît avoir voulu attribuer un droit définitif et exclusif aux appelés existants à cette époque. Mais il faut bien remarquer que par ces mots « les appelés, » loi a néces-

sairement entendu parler de tous les appelés sans distinction, et que les enfants à naître sont des appelés (1) qui doivent avoir une part égale.

C'est, du reste, ce qui arriverait dans le cas de mort naturelle du grevé, s'il survenait un posthume après le partage de la substitution entre les enfants nés et présents. La naissance de ce posthume rendrait un nouveau partage nécessaire, et l'on y procéderait comme si le posthume fût déjà né au moment du décès.

2243. Hors ces cas, le droit des appelés reste fixé à ce qu'il était au moment de son ouverture, et les événements ultérieurs ne peuvent le modifier. Par exemple, Primus institue Secundus dans la portion disponible, et lui substitue ses enfants au nombre de trois. Secundus est privé de sa jouissance en 1847, pour inexécution des conditions de la donation, et ses trois enfants prennent sa place. Il arrive que l'aîné meurt en 1850 avant son père et sans postérité. A son tour le père décède en 1853. Alors les deux survivants viennent prétendre que le partage à trois qui a été fait en 1847, n'a été que provisoire; que si la dévolution se fût faite suivant les prévisions originaires du testateur, c'est-à-dire au décès du père survenu en 1853, le partage se serait fait à deux et non à trois, leur frère aîné étant décédé; qu'ils ne sauraient être frustrés par l'événement imprévu qui a hâté l'ouverture de la substitution; qu'en conséquence les héritiers du frère aîné décédé doivent rendre la part de la substitution dont ils n'ont profité que provisoirement. Y seront-ils fondés? Nullement.

La part dont l'aîné a été saisi par suite de l'ouverture de la substitution en 1847, est définitivement sortie de la substitution; aux termes de la loi, la substitution a été ouverte

(1) *Supra*, n° 2241.

à son profit, et par suite il l'a transmise à ses héritiers. Ce qu'il faut considérer, en effet, ce n'est pas l'époque du décès de celui qui était grevé. Car, quand il est décédé, il n'était plus grevé, et sa jouissance avait cessé définitivement. Il ne faut avoir égard qu'à ce qui existait au moment de l'ouverture de la substitution. C'est là l'époque décisive, c'est là l'événement critique qui règle tout. Il n'y a pas deux ouvertures de fidéicommis, l'une provisoire lors de la résolution, etc.; l'autre définitive lors du décès de celui qui était appelé. Il n'y a qu'une ouverture, celle qui s'opère au moment où agissent les causes énumérées dans notre article.

Vainement dirait-on que, dans l'espèce posée au numéro précédent, le partage fait entre les enfants présents au moment de l'ouverture anticipée, a dû être refait par suite de la naissance ultérieure d'un enfant, et qu'ainsi il n'est pas exact de dire que cette ouverture est l'événement décisif qui détermine les situations. Il n'y a pas la moindre parité entre ce cas et celui dont nous nous occupons en ce moment. Toutes les parties n'étaient pas présentes au partage. Un enfant né depuis, et pourtant appelé, n'y était pas représenté; ce partage n'était donc que provisoire, il fallait le refaire. Ici rien de semblable, il y a eu ouverture régulière et partage entre tous les appelés. Pourquoi donc reviendrait-on sur un acte ainsi consommé?

Telles sont les causes involontaires qui font cesser la jouissance du grevé. Examinons maintenant les causes volontaires et leurs effets.

2244. Notre article parle de l'abandon anticipé que fait le grevé au profit des appelés, et il y voit une cause d'ouverture de substitution. Cette cause d'ouverture ne diffère des précédentes qu'en ce qui concerne les créanciers antérieurs auxquels cet abandon ne saurait porter préjudice. Mais entre le grevé et les substitués, elle a les mêmes effets que l'ou-

verture par mort, déchéance, résolution, etc.; elle est définitive et non provisoire. Les droits respectifs sont réglés d'une manière invariable, sans qu'on doive se préoccuper de ce qui arrivera à la mort de celui qui était grevé et qui a cessé de l'être par son abandon (1).

A cette règle générale, il n'y a qu'une exception, c'est celle qui résulte de la naissance d'un enfant, postérieure à l'abandon. On peut consulter ce que nous avons dit à cet égard au n° 2242.

Ces idées fondées sur les principes et sur le texte de notre article, font tomber quelques questions inventées par des auteurs qui croient à l'existence de deux ouvertures, l'une provisoire, l'autre définitive; questions qui nous paraissent oiseuses et imaginaires et que nous croyons inutile d'examiner (2).

2245. Mais quels seront les effets de l'abandon anticipé fait par le grevé, quant à ses créanciers?

La deuxième partie de notre article décide que cet abandon ne peut jamais nuire aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon.

Cette disposition est empruntée à l'art. 42 du titre Ier de l'ordonnance de 1747 : seulement l'ordonnance distinguait expressément entre les créanciers par acte authentique et les créanciers chirographaires; elle n'admettait ces derniers

(1) *Supra*, n° 2243. — Et il a été jugé que l'enfant auquel l'un de ses auteurs a légué des biens, à la charge de les conserver et de les rendre lors de son décès à ses enfants nés et à naître, peut néanmoins de son vivant en faire l'abandon et le partage anticipé au profit des appelés, alors d'ailleurs qu'il est parvenu à un âge assez avancé pour ne plus avoir d'autre enfant : un tel acte produit entre les parties des effets définitifs et irrévocables que ne peut modifier aucun événement ultérieur, tel que le prédécès de l'un des appelés. Caen, 3 mars 1860 (Dalloz, 60, 2, 65).

(2) Delvincourt, note 3, sur la p. 105. MM. Duranton, t. IX, no 606. Dalloz, *Substit.*, sect. 2, art. 6, nos 9 à 11. Vazeille, no 14, sur l'art. 1053. Coin-Delisle, nos 7 et 8, sur l'art. 1053. Marcadé, t. IV, n° 226.

à exercer leurs droits et actions sur les biens substitués qu'autant que leurs créances avaient une date certaine avant la remise des biens. Quoique notre article ne fasse pas cette distinction, elle doit néanmoins être admise; il est de principe, en effet, que les actes sous seing privé ne peuvent être opposés aux tiers que lorsqu'ils ont date certaine (1).

L'ordonnance contenait, en outre, une autre disposition au sujet des tiers acquéreurs auxquels le grevé aurait cédé ses droits antérieurement à l'abandon (2). Évidemment, il en doit être de même sous le Code : c'est là une disposition du droit commun. D'ailleurs, les tiers acquéreurs sont eux-mêmes de véritables créanciers du grevé, puisque celui-ci est tenu de leur garantir la jouissance des biens qu'il a aliénés à leur profit.

2246. Le Code ne s'occupe dans notre article que des cessations de jouissance qui donnent ouverture au fidéicommis. Il ne parle pas des causes de caducité qui empêchent le grevé d'entrer en jouissance.

Ces causes sont la répudiation du grevé, son prédécès, et son incapacité résultant soit d'un fait d'indignité, soit d'une condamnation à une peine afflictive perpétuelle (3).

2247. Examinons d'abord ces circonstances, lorsqu'il s'agit d'une substitution faite par testament.

Dans l'ancien droit, on décidait que la caducité de l'institution entraînait la caducité de la substitution (4) et l'on ne

(1) Art. 1328 du C. Nap.

(2) Art. 43 du tit. 1er de l'ord. de 1747 : « Ne pourra pareillement ladite restitution anticipée nuire à ceux qui auront acquis des biens substitués de celui qui aura fait ladite restitution, et ils ne pourront être évincés par celui à qui elle aura été faite qu'après le temps où le fidéicommis aurait dû lui être restitué.

(3) Loi du 31 mai 1854.

(4) L'art. 26 du tit. 1 de l'ord. de 1747 est ainsi conçu : « Dans tout testament, autre que le militaire, la caducité de l'institution emportera la

faisait exception que pour le cas où la caducité provenait de la répudiation du grevé.

Cette disposition était fondée sur ce principe du droit romain que la validité d'un testament était subordonnée à l'institution d'héritier; et en effet l'ordonnance exceptait les cas de testament militaire et de clause codicillaire, dans lesquels il n'était pas besoin d'institution d'héritier.

Quant à la répudiation, l'ordonnance décidait que le grevé n'avait pas pu, en répudiant, nuire à l'appelé, et celui-ci prenait alors la place du grevé (1).

On disait que dans ce cas le renonçant ne faisait que s'exclure d'un droit qui lui était acquis, qu'il n'avait pu dépendre de lui de changer les droits des fidéicommissaires, et qu'il n'avait fait que les anticiper (2).

caducité de la substitution fidéicommissaire, si ce n'est lorsque le testament contiendra la clause codicillaire. »

(1) L'art. 27 du tit. 1 de l'ord. de 1747 est ainsi conçu : « La renonciation de l'héritier institué, ou du légataire, ou du donataire grevé de substitution, ne pourra nuire au substitué, lequel, audit cas, prendra la place dudit héritier, légataire ou donataire, soit qu'il y ait une clause codicillaire dans le testament ou qu'il n'y en ait point; et pareillement, en cas de renonciation du substitué, celui qui sera appelé après lui prendra sa place. »

Art. 37, tit. 1 : « Lorsque le grevé de substitution aura renoncé à la disposition faite en sa faveur sans s'être immiscé dans les biens substitués, ou qu'il sera mort sans l'avoir acceptée, ni expressément ni tacitement, suivant ce qui est porté par l'article précédent, le substitué au premier degré en prendra la place; en sorte que les degrés de substitution ne seront comptés qu'après lui, et dans les mêmes cas de renonciation ou d'abstention d'un des substitués. Il ne sera point censé avoir rempli un degré, et celui qui sera appelé après lui prendra sa place, le tout encore que la renonciation ou l'abstention dudit grevé ou dudit substitué n'eût pas été gratuite. »

(2) Voy. Furgole sur l'art. 27 précité. Voy. aussi, dans Merlin (Répert., *De subst. fideicommiss.*, sect. 15, § 1), un arrêt du 8 janv. 1784, rendu, sur les conclusions de M. l'avocat général Séguier, contre le comte Stanislas de Clermont-Tonnerre.

Il n'y a sous le Code aucune différence entre ces causes de caducité. La caducité de la disposition ne doit, dans aucun cas, entraîner la caducité de la substitution. Les principes admis en cette matière par le droit romain et reproduits par l'art. 36, titre Ier de l'ordonnance de 1747, ne sont plus les nôtres. Tous nos testaments ne sont que des codicilles, et ils ont la simplicité du testament militaire des Romains. C'est donc aux héritiers légitimes à rendre aux appelés, à défaut des légataires et sous les mêmes conditions, les biens grevés (1). On voit qu'en pareil cas, la substitution vulgaire est sous-entendue, en tant que de besoin, dans la substitution officieuse (2).

Nous disons en tant que de besoin, pour qu'on n'abuse pas de cette proposition dans le cas où les conditions de la substitution vulgaire ne se présentent pas.

Supposons que le grevé répudie et qu'à ce moment il soit sans enfants; plus tard son mariage devient fécond, et ses enfants se présentent pour recueillir la substitution; ils y seront fondés, bien qu'ils ne fussent pas nés au moment de la répudiation de leur père. Il est de principe que la répudiation ne peut pas nuire au substitué, et c'est ce que proclamait expressément l'art. 27 du titre Ier de l'ordonnance de 1747. Il y a même raison de décider aujourd'hui.

Vainement on se prévaudrait de cette pensée, « que la » substitution vulgaire est sous-entendue en cas de caducité » dans l'officieuse. » Dirait-on qu'ici les enfants nés après la répudiation doivent être repoussés, par la raison que la substitution vulgaire ne saurait produire d'effet qu'autant que l'appelé vulgaire est vivant au moment de l'ouverture

(1) Toullier, t. V, no 694.

(2) Furgole sur l'art. 26 du tit. 1, où il cite la jurisprudence du parlement de Toulouse.

de la succession (1)? Nous répondons qu'il importe peu que la substitution vulgaire ne soit pas applicable; que ce n'est pas, dans tous les cas, par les idées de la substitution vulgaire que s'explique la situation dont nous nous occupons. Il nous suffit, dans l'hypothèse actuelle, du principe posé par l'ordonnance, à savoir que la répudiation ne préjudicie pas à l'appelé.

On peut bien s'attacher à la substitution vulgaire pour faire valoir la disposition, mais non pour l'anéantir, d'autant que ce n'est pas une substitution vulgaire que le testateur a voulu faire *a priori;* sa pensée a été de faire une substitution fidéicommissaire.

2248. Il faut supposer maintenant que la substitution a été faite par donation. On voit alors que les circonstances de répudiation, de prédécès et d'incapacité ne seront d'aucune importance pour l'ouverture de la substitution, laquelle ne saurait alors avoir lieu, par une raison bien simple, à savoir, que sans acceptation valable du grevé, il n'y a pas de contrat, il n'y a pas par conséquent de donation. La nature de l'acte, en effet, exige le concours de deux volontés. La donation ne peut recevoir aucun effet, soit à l'égard du grevé, soit à l'égard des appelés ; elle n'a été qu'un simple projet. Nous ne saurions donc nous rendre sur ce point à l'opinion de M. Vazeille (2), qui prétend que la substitution vulgaire est de droit ici comprise dans la substitution fidéicommissaire, et que l'appelé doit prendre la place du substitué.

2249. Nous avons supposé, tout à l'heure, en examinant les droits des créanciers antérieurs à la remise des biens faite par le grevé, que celui-ci n'avait fait l'abandon de ces biens

(1) M. Duranton, t. IX, n° 692.
(2) N° 4, sur l'art. 1053.

qu'après être entré en jouissance. Voyons maintenant quels seront les droits des créanciers, si le grevé, sans même avoir eu la possession, a refusé de profiter du bénéfice de la disposition : ses créanciers pourront-ils, dans ce cas, attaquer sa renonciation?

L'article 38 de l'ordonnance reconnaissait ce droit expressément (1), et ce même droit s'induit clairement aujourd'hui de la combinaison de cette disposition avec les art. 788 et 622 du Code Napoléon (2).

Mais les créanciers du grevé ne seraient admis à faire tomber une répudiation qui leur préjudicie que dans le cas seulement où il s'agirait d'une disposition testamentaire. Nous avons, en effet, établi plus haut (3) que les créanciers du donataire n'ont pas qualité pour accepter, à sa place, une libéralité que le donateur n'a voulu faire qu'au donataire personnellement.

ARTICLE 1054.

Les femmes des grevés ne pourront avoir, sur les biens à rendre, de recours subsidiaire, en cas d'insuffisance des biens libres, que pour le capital des deniers dotaux, et dans le cas seulement où le testateur l'aurait expressément ordonné.

(1) Art. 38 du tit. 1 de l'ord. de 1747. « N'entendons néanmoins que la disposition de l'article précédent puisse avoir lieu dans le cas où les créanciers du grevé ou du substitué auraient été admis à accepter la disposition faite à son profit, ou à demander l'ouverture de la substitution, au lieu de leur débiteur, pour jouir pendant sa vie des biens substitués, auquel cas les degrés de substitution seront comptés comme s'il avait recueilli lui-même lesdits biens. »

(2) *Supra*, nos 1886 et 2159. M. Maleville, *Analyse du Code civil*, sur l'art. 1053. Grenier, no 371, Toullier, no 790. MM. Duranton, no 605. Vazeille, no 17, sur l'art. 1054. Voy. *contra* : M. Coin-Delisle, no 12, sur l'art. 1053.

(3) *Supra*, no 1100.

SOMMAIRE.

2250. Du recours subsidiaire qu'il est permis au testateur d'accorder à la femme du grevé, dans certains cas, sur les biens substitués.
2251. Ce recours ne pourrait s'exercer pour le capital d'un fonds dotal aliéné,
2252. Ni pour les conventions matrimoniales résultant d'un contrat de mariage en communauté.
2253. Le testateur ne saurait accorder à la femme du grevé un recours plus étendu que celui de cet article.
2254. Le donateur a ici le même droit que le testateur.

COMMENTAIRE.

2250. Nous avons vu que la propriété du grevé est une propriété résoluble (1), et que si, à son décès, il y a des appelés survivants prenant sa place, tous les droits de ses ayants cause se trouvent effacés.

A ce principe, il y a pourtant une exception reconnue par notre article, et qui a lieu dans le cas où le testateur aurait expressément autorisé la femme du grevé à exercer sur les biens substitués un recours subsidiaire, en cas d'insuffisance des biens libres. Et encore, ce recours subsidiaire n'a-t-il lieu que pour le capital des deniers dotaux seulement, et jamais pour les intérêts et fruits.

L'ordonnance de 1747 avait fait l'exception beaucoup plus large. Il n'était pas besoin que le disposant eût autorisé ce recours subsidiaire de la femme ; il avait lieu de plein droit, et il ne se bornait pas au capital des deniers dotaux; il embrassait encore les fruits et les intérêts de la dot (2).

(1) *Supra*, n° 2237.

(2) Art. 44 du tit. 1 de l'ord. de 1747 : « L'hypothèque ou le recours subsidiaire accordé aux femmes sur les biens substitués, en cas d'insuffisance des biens libres, aura lieu, tant pour le fonds ou capital de la dot, que pour les fruits ou intérêts qui en seront dus. »

2251. Il suit du texte de notre article que le fonds, qui aurait été constitué en dot à la femme, et que le mari aurait aliéné indûment, n'est pas protégé par le recours subsidiaire ouvert ici à la femme du grevé. Celle-ci n'a pas d'action sur les biens substitués pour son indemnité, sauf à elle à agir contre les acquéreurs du fonds dotal (1).

2252. Il n'y a pas non plus de recours subsidiaire pour le remploi des propres aliénés (2), l'indemnité des dettes (3), en un mot pour les conventions matrimoniales résultant d'un contrat de mariage en communauté; les termes de notre article l'indiquent suffisamment, et c'est aussi ce qui se déduit de l'esprit et des textes de l'ordonnance de 1747.

2253. On ne comprend pas, au premier coup d'œil, pourquoi le disposant, qui peut faire de la portion disponible tout ce qui lui convient, qui pourrait même la donner à l'épouse, si cela lui plaisait, ne pourrait pas permettre à celle-ci d'exercer un simple recours en garantie subsidiaire pour la conservation de ses avantages matrimoniaux. Aussi, M. Toullier a-t-il cru que l'art. 1054 ne doit être limité au capital mobilier, qu'autant que le testateur s'est borné à accorder le recours subsidiaire en général; mais qu'il ne s'oppose pas à ce que la volonté du testateur, se précisant davantage, étende en termes exprès les limites de ce recours subsidiaire (4).

Mais cette opinion est difficile à admettre en présence des termes de notre article. Le disposant pourrait donc, en suivant le raisonnement de M. Toullier, autoriser la femme du grevé à exercer un recours direct pour ses reprises! Est-ce

(1) Furgole sur l'art. 44 précité et sur l'art. 49 du tit. 1 de l'ord. de 1747.
(2) Art. 49 du tit. 1 de l'ord.
(3) Art. 50 du même titre.
(4) Toullier, t. V, n° 475. *Junge* Rolland de Villargues, Répert. Favard, v° *Substit.*, sect. 2, § 1, n° 18.

qu'il est possible d'admettre une telle pensée ? Le législateur n'a pas voulu que le disposant, qui avait entendu faire une substitution, la détruisît par des moyens indirects. Il a jugé son œuvre comme quelque chose de sérieux, et il ne lui a pas permis d'introduire des conditions qui le paralysent ou l'amoindrissent notablement. Ne serait-il pas facile d'ailleurs au grevé ou à sa femme de créer des causes fictives de reprises et d'absorber ainsi les biens substitués (1)?

2254. Bien que l'art. 1054 ne parle que du testateur comme pouvant ordonner le recours subsidiaire de la femme sur les biens grevés, il n'y a pas de doute que le donateur n'ait le même droit.

Article 1055.

Celui qui fera les dispositions autorisées par les articles précédents, pourra, par le même acte, ou par un acte postérieur, en forme authentique, nommer un tuteur chargé de l'exécution de ces dispositions : ce tuteur ne pourra être dispensé que pour une des causes exprimées à la section VI du chapitre II du titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation*.

SOMMAIRE.

2255. Mesures dans l'intérêt des appelés. — Du tuteur à la substitution.

2256. Dans quel acte le choix de ce tuteur peut être fait.

2257. On ne saurait se refuser à accepter cette tutelle, si l'on ne se trouve dans les cas d'excuse déterminés par la loi.

(1) Maleville, *loc. cit.*, sur l'art. 1054. Grenier, n° 378. Delvincourt, t. II, p. 415. MM. Dalloz, v° *Substit.*, sect. 2, art. 5, § 2, n°s 20, 21. Vazeille, n° 1, sur l'art. 1054. Coin-Delisle, n° 1, sur l'art. 1054.

COMMENTAIRE.

2255. Nous entrons ici dans une série de dispositions qui, jusqu'à l'article 1069, s'occupent des mesures à prendre dans l'intérêt des appelés.

Une des plus importantes est la nomination d'un tuteur chargé de veiller à la conservation des biens des appelés. Il importe, en effet, que par cela seul que le droit du grevé s'ouvre et que l'espérance des substitués est née, la gestion du grevé soit soumise à certaines formalités de contrôle.

L'ordonnance de 1747 (1) voulait que ce fût le premier substitué qui fût chargé de représenter les autres substitués nés ou à naître, et qui, dans les opérations d'inventaire et de liquidation à l'occasion d'une substitution, fût le contradicteur légitime du grevé. Que si le premier substitué était en état de minorité ou n'était pas né, elle exigeait qu'il fût nommé un tuteur ou curateur à la substitution.

Le Code a adopté un autre système; il veut que le tuteur à la substitution soit nommé par le testateur, qui est le premier intéressé à voir assurer l'exécution de ses volontés, ou, à son défaut, par le conseil de famille. Notre article s'occupe du premier cas.

2256. Le choix du tuteur peut être fait dans la disposition même; il peut être fait aussi par acte postérieur; mais alors il faut que cet acte soit en la forme authentique.

Cet acte est en la forme authentique, soit qu'il soit passé devant notaires, soit qu'il consiste en une déclaration faite devant le juge de paix, assisté de son greffier.

La nomination faite par testament olographe satisfait aussi à la condition exigée par notre article (2); car le testa-

(1) Art. 4 et 5 du tit. 2 de l'ord. de 1747.
(2) M. Coin-Delisle, n° 2, sur l'art. 1055.

ment olographe vaut comme acte public et solennel (1). Il n'est pas possible d'avoir des doutes à cet égard, si l'on réfléchit que le testament olographe pourrait ériger valablement l'institution et la substitution, et que dès lors, il serait bizarre qu'il ne fût pas assez solennel pour nommer un simple tuteur à la substitution. Est-ce que le testament olographe, en organisant la substitution, ne pourrait pas contenir simultanément la nomination du tuteur? Pourquoi donc ne pourrait-il pas la contenir après coup? Enfin, un exécuteur testamentaire peut être nommé par testament olographe, et l'on voudrait qu'il fallût quelque chose de plus pour nommer un tuteur à la substitution!

2257. Il en est des fonctions du tuteur à la substitution comme de celles du tuteur pour le cas de minorité ou d'interdiction; c'est une charge publique dont il n'est permis de se dispenser que dans certains cas et pour certaines causes déterminées. Notre article le dit expressément. Sous l'ordonnance, au contraire, aucune disposition n'empêchait le tuteur de refuser cette charge.

Article 1056.

A défaut de ce tuteur, il en sera nommé un à la diligence du grevé, ou de son tuteur s'il est mineur, dans le délai d'un mois, à compter du jour du décès du donateur ou testateur, ou du jour que, depuis cette mort, l'acte contenant la disposition aura été connu.

(1) *Supra*, n° 1798.

SOMMAIRE.

2258. A qui appartient de requérir la nomination de tuteur à la substitution.

2259. De la forme de cette nomination.

COMMENTAIRE.

2258. Le but de cet article est d'assurer la nomination du tuteur, soit lorsque le disposant n'a point fait de choix, soit lorsque la personne désignée a pu se faire dispenser de la tutelle, soit enfin lorsque, pour une cause quelconque, le tuteur ayant cessé ses fonctions, il y a lieu de pourvoir à la nomination d'un autre tuteur. Dans ce cas, c'est au grevé (ou à son tuteur s'il est mineur) de requérir la nomination du tuteur à la substitution. Et, comme il importe que ce tuteur puisse exercer tout de suite sa surveillance, la loi a fixé le délai dans lequel la nomination doit être faite, à un mois à compter du jour du décès du disposant, ou du jour où, depuis cette mort, l'acte contenant la disposition a été connu.

2259. Il n'est point ici parlé de la forme dans laquelle cette nomination doit être faite; mais il est facile de suppléer au silence de cet article en recourant au droit commun. C'est le conseil de famille qui fera cette nomination, et l'on suivra les formalités tracées par la loi, pour la composition et la convocation de ce conseil, au titre *de la Minorité* (1).

ARTICLE 1057.

Le grevé qui n'aura pas satisfait à l'article précédent, sera déchu du bénéfice de la disposition; et

(1) D'après les principes suivis sous l'ord. de 1747, la nomination se faisait dans une assemblée de parents autorisée par le juge. Furgole sur l'art. 5, tit. 2 de l'ord. de 1747.

dans ce cas, le droit pourra être déclaré ouvert au profit des appelés, à la diligence, soit des appelés s'ils sont majeurs, soit de leur tuteur ou curateur s'ils sont mineurs ou interdits, soit de tout parent des appelés majeurs, mineurs ou interdits, ou même d'office, à la diligence du procureur impérial près le tribunal de première instance du lieu où la succession est ouverte.

SOMMAIRE.

2260. Déchéance du grevé lorsqu'il n'a pas requis la nomination du tuteur.
2261. Cette déchéance n'est pas encourue de plein droit.
2262. Lorsque le grevé n'a pas d'enfant, nulle action en déchéance n'existe contre lui.
2263. Le grevé mineur dont le tuteur a négligé de requérir la nomination du tuteur à la substitution, ne doit pas être déclaré déchu.

COMMENTAIRE.

2260. Le législateur attache une si grande importance à la nomination d'un tuteur à la substitution, qu'il prononce la déchéance du grevé lorsqu'il n'aura pas satisfait à la disposition de l'article précédent. En ce cas, le droit des appelés pourra être déclaré ouvert, soit à leur requête, soit même d'office à la requête du ministère public. Cette déchéance n'a pas été introduite dans l'intérêt des héritiers naturels du disposant ou du disposant lui-même; elle a pour but unique de protéger la substitution et ceux qui en doivent profiter.

2261. La déchéance n'est pas tellement de plein droit qu'il suffise qu'elle soit demandée pour être obtenue. Les juges sont autorisés à examiner les circonstances et à se décider suivant l'exigence des cas, tout en réfléchissant cepen-

dant qu'il ne faut avoir ni complaisances ni faiblesses pour une négligence caractérisée.

Pour se convaincre de cette vérité, il faut combiner entre elles les deux parties de l'art. 1057. La première prononce la déchéance, sans dire à qui appartient l'action tendant à la faire déclarer. Dans la deuxième, l'article s'occupe de l'ouverture de la substitution, suite de cette déchéance, et c'est alors seulement qu'il signale les appelés et le ministère public comme investis de l'action qui peut faire prononcer cette ouverture. Il suit de là que l'action en déchéance ne peut être exercée que par ceux qui ont droit de faire des diligences pour l'ouverture du fidéicommis, et que par conséquent, s'il n'y a pas lieu à l'ouverture du fidéicommis, par exemple, parce que le grevé n'a pas d'enfants vivants, nul n'a d'action pour la déchéance, n'y ayant pas d'action possible pour la délivrance.

Et cette conséquence n'est pas la seule; comme l'ouverture du fidéicommis est laissée à l'appréciation du juge (ainsi qu'il résulte de ces mots : *le droit pourra être déclaré ouvert*), il s'ensuit que la déchéance doit être aussi l'objet de son équitable examen. Les demandeurs, en effet, ne sauraient avoir des droits plus sévères pour la déchéance, à l'égard de laquelle la loi ne leur assigne pas une action spéciale, que pour l'ouverture qui fait l'objet principal, direct, précis de leur action.

2262. Nous disons que lorsque le grevé n'a pas d'enfants, nulle action en déchéance n'existe contre lui. Pour rendre cette vérité plus sensible, supposons que le grevé n'ait pas d'enfants et qu'il n'ait plus l'espérance d'en avoir ; il ne fait pas nommer de tuteur à la substitution, parce que, dans sa conviction, cette substitution ne se réalisera jamais. Il arrive pourtant que le ministère public intente contre lui une action en déchéance. Comment pourrait-on admettre cette

action? dans quel but? dans quel intérêt? Pour des frères et sœurs que le testateur a écartés, et en vue desquels la nomination du tuteur n'a pas été établie? La loi n'a pas voulu de peines inutiles; elle n'a pas voulu le renversement des volontés du défunt.

Mais faisons un pas de plus : le grevé est fils unique; son père l'institue dans la portion disponible avec substitution à ses enfants nés et à naître; il a deux fils qui sont enlevés presque en même temps que leur grand-père, et le grevé reste seul sans espoir d'avoir d'autres enfants. Quoi! parce que le fils unique n'aura pas fait nommer un tuteur à la substitution, qui probablement ne se réalisera jamais, le ministère public pourrait le faire déclarer déchu? Mais qu'arriverait-il alors? ou que par suite de cette déchéance la portion disponible irait trouver des cousins, ou arrière-cousins, auxquels le testateur n'a jamais songé, ce qui serait absurde, ou que le grevé prendrait comme héritier *ab intestat* ce qui lui est enlevé comme grevé, et alors à quoi bon l'action du ministère public?

Je sais qu'un arrêt de la cour de Paris, du 29 mai 1841 (1), paraît décider, dans ses considérants, que la déchéance est impérative et absolue : mais l'espèce était bien défavorable pour le grevé, puisque c'était sa fille unique elle-même qui venait demander sa déchéance par suite de sa longue négligence. Aussi ne faut-il pas s'étonner de la décision de la cour de Paris et du rejet du pourvoi par la cour de cassation (2).

Mais l'arrêt de la cour suprême ne nous paraît pas exclusif d'une décision plus indulgente dans des cas où l'action ne reposerait pas sur des faits aussi sérieux.

(1) M. Devil., 41, 2, 579.
(2) 17 avril 1843 (Devill., 43, 1, 497).

2263. Que si le grevé est mineur et que son tuteur néglige de requérir la nomination du tuteur à la substitution, devra-il être déclaré déchu ? Nullement : on ne peut dire, en pareil cas, que ce soit le grevé qui ne satisfait pas à la disposition de l'art. 1057 ; c'est son tuteur qui est coupable de négligence, et il ne faut pas faire retomber sur le mineur incapable une peine qui n'est prononcée que contre la personne même du grevé coupable de négligence (1).

ARTICLE 1058.

Après le décès de celui qui aura disposé à la charge de restitution, il sera procédé, dans les formes ordinaires, à l'inventaire de tous les biens et effets qui composeront sa succession, excepté néanmoins le cas où il ne s'agirait que d'un legs particulier. Cet inventaire contiendra la prisée à juste prix des meubles et effets mobiliers.

SOMMAIRE.

2264. But de l'inventaire prescrit par cet article.
2265. Il doit porter sur les meubles et les immeubles.
2266. Il doit contenir la prisée des meubles.
2267. Cet article ne dispose que pour les substitutions testamentaires.

COMMENTAIRE.

2264. Cet article a pour but d'arriver à dégager la substitution de la succession, dans le sein de laquelle elle est confondue au moment du décès du disposant, et où une partie de son actif pourrait s'amoindrir, se détourner et se perdre,

(1) Coin-Delisle, n° 6, sur l'art. 1057.

si l'état général de cette succession, sur laquelle elle doit être prise, n'était vérifié légalement.

Pourtant ce n'est qu'autant que la substitution est universelle ou à titre universel que cette vérification et cette constatation sont ordonnées. Quand la substitution porte sur un objet spécial et particulier, la particularité du titre suffit pour empêcher la confusion, le détournement et la perte. Il est vrai que l'ordonnance de 1747 (1) exigeait l'inventaire dans tous les cas, que la substitution fût universelle ou particulière. Le Code a pensé avec raison que, si la substitution était particulière, il n'était pas besoin de faire les frais d'un inventaire pour sauvegarder la disposition.

2265. L'inventaire devra avoir lieu pour les immeubles de la succession, de même que pour les meubles; la loi n'a pas fait, sur ce point, de distinction. Bien plus, elle a pris soin de dire que l'inventaire devait porter sur tous les biens et effets qui composent la succession du disposant. Elle a compris évidemment sous cette expression générale, « tous les biens et effets », les immeubles et les meubles.

On a contesté (2) la nécessité de comprendre les immeubles dans l'inventaire, l'usage se bornant à faire porter les inventaires seulement sur le mobilier, et l'on a cité à l'appui plusieurs articles (3) où le Code Napoléon, tout en parlant de l'inventaire des biens, n'entend évidemment prescrire qu'un inventaire du mobibier.

Nous répondons par le texte de notre article et par les paroles suivantes de Furgole : « Il est nécessaire que l'in-
» ventaire renferme tous les biens et effets délaissés par le
» substituant, tant meubles qu'immeubles; la lettre du texte

(1) Art. 1. du tit. 2.
(2) M. Coin-Delisle, n° 8, sur l'art. 1058.
(3) Art. 451, 794, 1031, etc., du C. Nap.

» est claire et précise sur ce point, dès qu'il ne se borne » point aux seuls effets mobiliers : ce qui paraît fondé sur » ce qu'il impose au substitué d'avoir une preuve par l'in- » ventaire des biens immeubles, comme des meubles et » effets mobiliers. »

2266. Notre article exige en outre, comme l'exigeait l'ordonnance (1), qu'on fasse dans l'inventaire l'estimation des meubles et objets mobiliers.

2267. L'article 1058 ne prescrit la formalité de l'inventaire que pour les substitutions faites par testament; c'est ce qui ressort de ces mots : « après le décès du substituant, » et de l'ensemble de l'article... Il ne dispose pas pour les donations entre-vifs, qu'il dispense, par son silence, de l'inventaire. Tel était aussi l'avis de Furgole sous l'ordonnance de 1747 : « En mon particulier, je pense qu'il n'y a une » vraie nécessité de faire procéder à l'inventaire, que quand » la substitution est faite par testament, ou par un codicille » qui se réfère au testament, ou par un codicille *ab intestat*, » ou par institution contractuelle, et non quand il s'agit » d'une substitution contenue dans une donation entre-vifs, » qui est réellement exécutée pendant la vie du donateur, » ou quand il a été fait un état des meubles et effets mobi- » liers compris dans la donation chargée de substitu- » tion (2). » On aperçoit, en effet, que dans ces cas la confusion entre la succession et la substitution n'existe pas, et qu'il y a une manifeste séparation, soit par la tradition, soit par l'état estimatif.

(1) Art. 7 du tit. 2.
(2) Furgole sur l'art. 2 du tit. 2.

Article 1059.

Il sera fait à la requête du grevé de restitution, et dans le délai fixé au titre *des Successions,* en présence du tuteur nommé pour l'exécution. Les frais seront pris sur les biens compris dans la disposition.

SOMMAIRE.

2268. Délai dans lequel l'inventaire doit être fait.
2269. De la présence du tuteur à l'inventaire.
2270. Les frais de l'inventaire doivent être pris sur les biens compris dans la substitution.

COMMENTAIRE.

2268. En ordonnant que l'inventaire soit fait à la requête du grevé de restitution, notre article renvoie au titre *des Successions*, en ce qui concerne le délai à observer pour l'exécution de l'inventaire. Or, l'héritier, aux termes de l'art. 795 du titre *des Successions*, a un délai de trois mois pour faire inventaire et quarante jours pour délibérer. Par suite, on s'est demandé si un semblable délai devait être accordé au grevé de restitution. M. Toullier s'est prononcé pour l'affirmative (1). Mais l'opinion contraire ne saurait être douteuse; l'héritier n'a réellement qu'un délai de trois mois pour faire inventaire. C'est uniquement pour qu'il prenne parti sur son acceptation ou sur son refus de la succession, qu'un second délai de quarante jours lui est donné. Le renvoi de l'art. 1059 ne saurait donc concerner ce dernier délai.

(1) T. V, n° 751.

2269. Cet inventaire, à la requête du grevé, doit être fait en présence du tuteur nommé pour l'exécution... C'est ce que dit notre article, en reproduisant à peu de chose près l'ordonnance de 1747, dont l'art. 5 (t. II) était ainsi conçu : « ... Si le premier substitué n'est pas encore né, il sera » nommé un curateur à la substitution, qui assistera audit » inventaire. »

Mais si le tuteur dûment appelé à l'inventaire néglige de comparaître, ne pourra-t-on y procéder sans encourir la nullité? Il est certain qu'on y pourra procéder en son absence.

Voici ce que disait Furgole (1) sur ce point : « Il ne me » paraît pas douteux que le defaut de comparaître sur une » assignation équipolle à la présence, et que si l'inventaire » ne pouvait être fait qu'autant que le curateur assisterait » réellement, il pourrait en empêcher la faction; mais le » curateur défaillant pourrait être tenu de dommages-intérêts provenant de l'infidélité de l'inventaire, occasionnée » par son absence, comme ayant manqué à son devoir. »

2270. Une autre disposition de cet article, c'est que les frais doivent être pris sur les biens compris dans la substitution.

Cette disposition du Code nous paraît préférable à celle de l'ordonnance de 1747 (2), qui mettait les frais d'inventaire à la charge de la succession. Pourquoi, en effet, faire supporter aux héritiers les frais d'une mesure qui est prise dans l'intérêt commun du grevé et des appelés ; car son but est que le grevé ne soit pas tenu de rendre plus qu'il n'a reçu, et que ceux-ci ne puissent réclamer plus qu'ils n'ont droit de prétendre?

(1) Sur l'art. 5 du tit. 2 de l'ord.
(2) Art. 2 du tit. 2.

Article 1060.

Si l'inventaire n'a pas été fait à la requête du grevé dans le délai ci-dessus, il y sera procédé dans le mois suivant, à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution, en présence du grevé ou de son tuteur.

Article 1061.

S'il n'a point été satisfait aux deux articles précédents, il sera procédé au même inventaire, à la diligence des personnes désignées en l'art. 1057, en y appelant le grevé ou son tuteur, et le tuteur nommé pour l'exécution.

SOMMAIRE.

2271. Quelles personnes peuvent faire procéder à l'inventaire après le délai de trois mois.

COMMENTAIRE.

2271. D'après ces articles, lorsque le grevé a laissé écouler, sans faire inventaire, le délai de trois mois qui lui est imparti par l'article précédent, c'est au tuteur à l'exécution d'y faire procéder dans le mois suivant. Et l'importance de cet inventaire est telle que si le tuteur néglige de remplir cette obligation, le droit de requérir l'inventaire appartiendra alors, soit aux parents, soit même au procureur impérial. Mais dans tous ces cas, c'est en présence du grevé ou de son tuteur que l'inventaire doit être dressé. Ajoutons que si ces derniers sont dûment appelés, leur absence

n'entraînera pas la nullité de l'inventaire. Il faudra décider ici comme nous avons décidé à l'égard du tuteur à la substitution (1).

ARTICLE 1062.

Le grevé de restitution sera tenu de faire procéder à la vente, par affiches et enchères, de tous les meubles et effets compris dans la disposition, à l'exception néanmoins de ceux dont il est mention dans les deux articles suivants.

SOMMAIRE.

2272. De la vente du mobilier.
2273. Elle doit avoir lieu par affiches et enchères.

COMMENTAIRE.

2272. Cet article impose au grevé l'obligation de faire procéder à la vente du mobilier compris dans la substitution. Il est difficile, en effet, de conserver en bon état, pendant longtemps, des effets mobiliers, et dans l'intérêt du grevé comme dans celui de l'appelé, il importait que la vente en eût lieu le plus tôt possible. Du reste, cet article est la reproduction presque textuelle de l'art. 8 du tit. II de l'ordonnance de 1747 (2).

Ainsi, sous le Code et sous l'ordonnance, la règle à l'égard du mobilier, c'est qu'il soit vendu par le grevé; ce n'est que

(1) *Supra*, n° 2269.

(2) « Le grevé de substitution sera tenu de faire procéder à la vente, par affiches et enchères, de tous les meubles et effets compris dans la substitution, à l'exception néanmoins de ceux qu'il pourrait être chargé de conserver en nature, suivant la disposition des art. 6 et 7 du tit. 1 de la présente ordonnance. »

par exception, ainsi que nous le verrons dans les deux articles suivants, qu'il doit être conservé en nature. Furgole (1) nous apprend qu'il en était différemment avant l'ordonnance, et que le grevé était autorisé à conserver les meubles pour ne les rendre qu'en nature. Cet usage était conforme au droit romain (2).

2273. La vente à laquelle le grevé doit faire procéder, est une vente par affiches et enchères. Ce n'est point une vente judiciaire; il n'est donc point nécessaire que le grevé obtienne une ordonnance de justice pour procéder aux enchères (3).

Article 1063.

Les meubles meublants et autres choses mobilières qui auraient été compris dans la disposition, à la condition expresse de les conserver en nature, seront rendus dans l'état où ils se trouveront lors de la restitution.

Article 1064.

Les bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres, seront censés compris dans les donations entre-vifs ou testamentaires desdites terres; et le grevé sera seulement tenu de les faire priser et estimer, pour en rendre une égale valeur lors de la restitution.

(1) Sur l'art. 8 du tit. 2 de l'ordonnance.

(2) Ulpien, l. 2, § 17, D., *De legat.*, 3o. Papinien, l. 3, § 4, D., *De usuf. et fruct.*

(3) Furgole, *loc. cit.*

SOMMAIRE.

2274. Le grevé n'est point tenu de vendre le mobilier : 1° lorsque le disposant a ordonné la restitution en nature ;

2275. 2° Lorsqu'il sagit de meubles qui sont immeubles par destination.

2276. Le grevé n'en est pas moins soumis, dans ces cas, à faire priser et estimer les meubles dont il s'agit.

2277. Autre exception prévue par l'ordonnance.

COMMENTAIRE.

2274. Ces articles consacrent deux exceptions à la règle posée dans l'article précédent. Le grevé ne devra point faire vendre le mobilier lorsqu'il s'agira de meubles dont le disposant aura ordonné expressément la restitution en nature, ou lorsque les meubles pourront être considérés comme immeubles par destination.

Examinons chacune de ces exceptions.

La première exception est toute naturelle; il doit dépendre, en effet, du disposant de dispenser le grevé de la vente du mobilier qu'il aurait pu lui donner sans la charge de restitution.

L'ordonnance de 1747 (1) contenait une exception analogue, mais cependant beaucoup moins large. Elle ne permettait au disposant d'empêcher expressement la vente des meubles et effets mobiliers, qu'autant que ces meubles et effets servaient à l'usage ou à l'ornement des châteaux et maisons faisant eux-mêmes partie de la substitution. Cette différence entre l'ordonnance et le Code tient à ce que, sous l'empire de l'ordonnance, les meubles étaient considérés comme une valeur pour laquelle on avait peu d'affection (*vilis mobilium possessio*) et dont la conservation paraissait

(1) Art. 7 du tit. 1.

peu importante. Au contraire, depuis plus d'un demi-siècle la richesse mobilière a acquis une grande importance, et il y a des meubles tels qu'actions, rentes sur l'État, etc., dont la conservation peut être précieuse et utile pour le bien-être des familles.

2275. La deuxième exception, qui est empruntée complétement à l'ordonnance de 1747 (1), est ainsi conçue : « Les » bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres, se- » ront censés compris dans les donations entre-vifs ou tes- » tamentaires desdites terres. » On s'est étonné de ce que le Code ait cru devoir faire ici un article spécial de cette disposition, qui n'est que l'application du principe consacré par l'art. 524 sur les immeubles par destination; mais il faut se rappeler qu'à l'époque où le titre que nous commentons était décrété, le titre de la *Distinction des biens*, dans lequel est placé l'art. 524, n'était point encore fait (2), et que l'on n'était pas fixé sur le parti à prendre quant à la question de l'immobilisation de certains meubles.

Il faudrait, du reste, aujourd'hui généraliser la disposition de l'art. 1064 et l'étendre à tous les meubles que l'art. 524 déclare immeubles par destination.

2276. Le grevé, dans ce dernier cas, est néanmoins tenu de faire priser et estimer les meubles dont il s'agit, pour en rendre d'une égale valeur lors de la restitution, ou plutôt pour en rendre une égale valeur, comme disait l'art. 6 du titre Ier de l'ordonnance, auquel cette disposition a été empruntée. En effet, ce n'est pas la valeur en argent des ustensiles et bestiaux que le grevé sera tenu de restituer, mais bien des ustensiles et bestiaux de même espèce et d'une valeur égale..., « si bien, dit Furgole, que s'il était reçu à rendre

(1) Art. 6 du tit. 1.

(2) Le titre *Des donations et testaments* est du 3 mai 1803; celui de la *Distinction des biens* est du 25 janvier 1804.

» les mêmes corps, faudrait-il entendre qu'il en parfournît » la moins-value (1)? » Évidemment il faut entendre cet article dans le sens de l'art. 1826, qui recommande au fermier, à la fin du bail, de laisser un cheptel de valeur pareille à celui qu'il a reçu (2). L'omission de la particule *d'* n'est que le résultat d'une inattention, et il paraît certain que le Code a voulu reproduire ici complétement la disposition de l'ordonnance.

2277. L'ordonnance contenait encore un cas où le grevé pouvait s'abstenir de vendre les meubles compris dans la substitution : c'était lorsque le grevé, ayant des droits à prélever sur la succession du disposant, obtenait du juge l'autorisation d'imputer sur les détractions ou autres droits tout ou partie du mobilier substitué (3). Bien que le Code ait gardé le silence sur ce point, nous ne voyons pas pourquoi il n'en serait pas de même aujourd'hui. L'intervention de la justice, en ce cas, offre des garanties suffisantes pour les appelés (4).

ARTICLE 1065.

Il sera fait par le grevé, dans le délai de six mois, a compter du jour de la clôture de l'inventaire, un emploi des deniers comptants, de ceux provenant du prix des meubles et effets qui auront été vendus, et de ce qui aura été reçu des effets actifs.

Ce délai pourra être prolongé s'il y a lieu.

(1) Sur l'art. 6 du tit. 1.

(2) Note de M. Ancelot *sur Grenier* (édit. Bayle-Mouillard), n° 388.

(3) Art. 9, tit. 2.

(4) Toullier, t. V, n° 763. Grenier, n° 389. Rolland de Villargues, Répert. de M. Favard, v° *Substit.*, ch. 2, sect. 2, § 4, n° 16. MM. Dalloz, v° *Substit.*, sect., 2, art. 4, n° 14. Coin-Delisle, n° 2, sur l'art. 1064.

Article 1066.

Le grevé sera pareillement tenu de faire emploi des deniers provenant des effets actifs qui seront recouvrés et des remboursements de rentes: et ce, dans trois mois au plus tard après qu'il aura reçu ces deniers.

Article 1067.

Cet emploi sera fait conformément à ce qui aura été ordonné par l'auteur de la disposition, s'il a désigné la nature des effets dans lesquels l'emploi doit être fait; sinon, il ne pourra l'être qu'en immeubles, ou avec privilége sur des immeubles.

Article 1068.

L'emploi ordonné par les articles précédents sera fait en présence et à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution.

SOMMAIRE.

2278. De l'emploi des deniers dont la substitution doit profiter.
2279. Délai dans lequel l'emploi doit avoir lieu.
2280. Comment l'emploi doit être fait.
2281. Du concours du tuteur à cet emploi.

COMMENTAIRE.

2278. Ces quatres articles ont pour but de tracer les règles qui doivent être observées par le grevé pour l'emploi des deniers dont la substitution doit profiter. Ces règles,

que nous allons examiner rapidement, sont du reste à peu près les mêmes que celles de l'ordonnance de 1747 (1).

Disons d'abord que cette obligation d'emploi, à laquelle le grevé est soumis et qui n'était point usitée avant l'ordonnance (2), est une précaution très-sage pour conserver les biens meubles substitués, et en empêcher la perte, la dissipation ou la diminution.

2279. L'emploi doit avoir lieu promptement, dans le délai de six mois à partir de la clôture de l'inventaire, s'il s'agit de deniers comptants compris dans la substitution, ou de deniers provenant de la vente aux enchères des effets mobiliers, ou enfin de deniers reçus en payement d'effets actifs... Ajoutons : et s'il s'agit d'une substitution universelle. Car, s'il s'agit d'une disposition à titre particulier, nous avons vu qu'alors la loi n'exige point d'inventaire. De quel moment dans ce cas courra le délai? La question est de peu d'intérêt, puisque aucune nullité ne résulte de l'inobservation du délai de six mois, et que le juge, d'ailleurs, a toute facilité pour le prolonger. Dans le silence du Code on pourrait s'adresser au juge pour le déterminer. Cela n'aurait rien d'insolite, puisque l'art. 12 du titre 2 de l'ordonnance enjoignait aux juges de fixer le délai dans lequel l'emploi devait être fait.

Mais le délai ne sera que de trois mois du jour de la réception de la somme, s'il s'agit de recouvrement d'effets actifs ou de remboursement de rentes opérés par les soins du grevé (3).

La loi, en exigeant un remploi aussi prompt, a voulu, dans l'intérêt surtout des appelés, que les deniers ne courussent pas le risque d'être perdus.

(1) De l'art. 10 à l'art. 17 du tit. 2.
(2) Furgole sur l'art. 10 du tit. 2.
(3) Art. 13 du tit. 2 de l'ordonnance.

2280. Que si le disposant n'a point réglé la forme de cet emploi, il ne pourra être fait qu'en immeubles ou avec privilége sur les immeubles. Il est certain, du reste, que cette expression de privilége dont se sert l'art. 1067, ne peut s'entendre ici dans le sens spécial que le Code lui donne lorsqu'il traite des priviléges et hypothèques. L'article, évidemment, entend parler simplement d'un droit de préférence hypothécaire. Le titre des priviléges et hypothèques n'a été décrété que postérieurement à celui-ci (1), et l'on ne savait encore quel système hypothécaire serait choisi. Aussi, la plupart des auteurs reconnaissent que le grevé remplira amplement son obligation de garantir son emploi, en prenant une première hypothèque sur un immeuble non grevé de privilége et d'hypothèque légale (2).

2281. Enfin, c'est en présence et à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution que doivent être faits par le grevé ces emplois et remplois. De ce concours obligé du tuteur à cet emploi, on a conclu avec raison que si le grevé laissait expirer les délais sans rien faire, le tuteur devrait le poursuivre en justice pour le forcer à trouver un emploi, et le contraindre, en attendant, à déposer les fonds à la caisse des dépôts et consignations.

Article 1069.

Les dispositions par acte entre-vifs ou testamentaire, à charge de restitution, seront, à la diligence,

(1) Le titre *Des priviléges et hypothèques* fut décrété le 19 mars 1804; celui *Des donations et testaments* l'avait été le 3 mai 1803.

(2) Toullier, t. V, n° 760. Rolland de Villargues, *loc. cit.*, n° 23. MM. Duranton, t. IX, n° 574. Coin-Delisle, n° 1, sur l'art. 1067. M. Vazeille même va plus loin; il décide (n° 1, sur l'art. 1067) que l'on pourrait, suivant les circonstances, se contenter d'une hypothèque de deuxième ou de troisième ordre.

soit du grevé, soit du tuteur nommé pour l'exécution, rendues publiques; savoir, quant aux immeubles, par la transcription des actes sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation; et quant aux sommes colloquées avec privilége sur des immeubles, par l'inscription sur les biens affectés au privilége.

SOMMAIRE.

2282. De la transcription des substitutions.
2283. Nécessité d'une deuxième transcription dans le cas prévu par l'art. 1052.
2284. Qui doit faire faire la transcription.

COMMENTAIRE.

2282. Nous venons d'examiner les diverses précautions tracées par la loi dans l'intérêt des appelés. Nous entrons maintenant dans un série de mesures ordonnées surtout au point de vue du crédit et de l'intérêt des tiers.

La principale consiste dans la publicité de la substitution. Cette publicité s'obtient, en ce qui concerne les substitutions d'immeubles, par la transcription sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation; et en ce qui concerne les sommes colloquées avec privilége sur des immeubles, par l'inscription sur les biens affectés au privilége.

Dans l'ancien droit français, la publicité des substitutions avait fait également l'objet des préoccupations du législateur, qui avait voulu mettre les substitués à l'abri des fraudes que pratiquaient les grevés en célant le contenu des testaments et donations portant création de la substitution. Elle fut d'abord commandée par un édit du mois de

mai 1553 (1), qui exigea que toute substitution fidéicommissaire fût publiée, insinuée et enregistrée dans les trois mois; l'ordonnance de 1556 (2) confirma ces dispositions, et accorda un délai de six mois pour la publication et l'enregistrement des substitutions fidéicommissaires. Enfin, l'ordonnance de 1747 (3) développa les moyens propres à assurer de plus en plus la publicité des substitutions. Elle voulut qu'indépendamment de l'insinuation, les substitutions fussent rendues publiques, dans les six mois, par des publications faites à l'audience et par enregistrement au greffe, et que la communication des registres fût donnée à tous requérants.

Ces formalités ont été réduites par le Code à la transcription de l'acte au bureau des hypothèques. Nous n'avons point à nous expliquer de nouveau ici sur cette formalité, et nous renvoyons à ce que nous avons déjà dit dans notre commentaire des articles 939 et suivants (4).

2283. Faisons toutefois observer ici que, quand il s'agit d'une disposition par acte entre-vifs, qui, d'après le droit commun, est sujette à la transcription, cette transcription, exigée par l'art. 939, se confond avec celle qu'impose notre article. Sans cela, on tomberait dans un double emploi coûteux et inutile.

Cependant il pourra arriver qu'il faudra une deuxième transcription, c'est lorsque l'hypothèse prévue par l'art. 1052 se réalisera, c'est-à-dire lorsqu'en faisant une seconde libéralité, le disposant assigne la charge de rendre à une donation antérieure faite purement et simplement.

(1) Art. 4.
(2) Art. 57.
(3) Tit. 2 de l'art. 18 à l'art. 34.
(4) Nos 1147 et suiv.

2284. C'est le grevé ou le tuteur à la substitution qui doit faire faire la transcription et les inscriptions.

Aucun délai ne leur a été imposé par le Code pour qu'ils aient à accomplir cette formalité. C'est à tort qu'on a prétendu (1) que le délai de six mois, à compter du décès du testateur ou de l'acte de disposition entre-vifs, fixé par l'ordonnance de 1747 (2), devait revivre de plein droit en présence de ce silence de notre article. Mais il est évident que l'on ne peut invoquer les dispositions d'une loi abrogée, pour régler un délai et une déchéance, sous prétexte que la loi actuelle aurait omis de se prononcer. Seulement, si le défaut de transcription occasionne un préjudice, le grevé sera responsable envers les appelés, privés par son fait d'un défaut de recours contre les tiers qui auraient contracté avec lui dans l'ignorance légale de la substitution : c'est ce que l'on va voir dans l'article suivant.

ARTICLE 1070.

Le défaut de transcription de l'acte contenant la disposition, pourra être opposé par les créanciers et tiers acquéreurs, même aux mineurs ou interdits, sauf le recours contre le grevé et contre le tuteur à l'exécution, et sans que les mineurs ou interdits puissent être restitués contre ce défaut de transcription, quand même le grevé et le tuteur se trouveraient insolvables.

SOMMAIRE.

2285. Quelles personnes peuvent se prévaloir du défaut de transcription ?

(1) M. Maleville, *Analyse sur le Code*, sur l'art. 1069. Laporte, *Pandectes françaises*, sur l'art. 1069.

(2) Art. 7 du tit. 2.

2286. A qui peut être opposé le défaut de transcription.
2287. Ce que le Code dit du défaut de transcription doit s'appliquer au défaut d'inscription.

COMMENTAIRE.

2285. Cet article, qui est emprunté à l'art. 32 du titre II de l'ordonnance de 1747, explique par qui et à qui peut être opposé le défaut de transcription.

Les personnes qui peuvent se prévaloir de l'omission de la transcription, sont les créanciers et les tiers acquéreurs, c'est-à-dire, dit Furgole (1), d'après Maynard (2): « Tous » ceux qui ont contracté avec le grevé à titre non gratuit, » soit pour établir quelque créance, ou pour acquérir les » biens substitués, même ceux qui ont quasi-contracté avec » le grevé, quand même le contrat ou le quasi-contrat se- » rait antérieur à la délation des biens substitués. » Les tiers sont censés ignorer la substitution tant que la publicité légale ne l'a pas portée à leur connaissance. Ils ont pu contracter avec le grevé, acheter les biens substitués, suivre sa foi, sans qu'on puisse leur opposer le droit des appelés qui est resté dans l'ombre. Ainsi le veulent les lois du crédit et la sûreté des transactions.

2286. Il suit de là que les personnes contre lesquelles le défaut de transcription peut être invoqué, sont tous les appelés, de quelque âge, état et condition qu'ils soient, non-seulement les majeurs qui sont capables d'agir, mais encore les mineurs et interdits.

Et la sollicitude de la loi est si grande ici pour les intérêts des tiers, que les mineurs et interdits ne peuvent se faire restituer contre le défaut de transcription, alors même que le grevé et le tuteur se trouvent insolvables.

(1) Sur l'art. 32 du tit. 2.
(2) L. 5, ch. 95.

Cette dernière disposition avait fait longtemps difficulté entre les auteurs; les uns accordant, les autres refusant la restitution dans ce cas aux mineurs et aux interdits. Une déclaration du roi, du 18 janvier 1712, avait tranché la question en faveur de ces derniers (1). C'est aussi dans le même sens que l'ordonnance et le Code l'ont décidée.

2287. Faisons observer ici que, bien que notre article ne parle que du défaut de transcription, il doit s'appliquer aussi au défaut d'inscription, lorsque cette inscription est exigée dans le cas de l'art. 1069.

ARTICLE 1071.

Le défaut de transcription ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celle de la transcription.

SOMMAIRE.

2288. La transcription est une formalité intégrante sans laquelle la substitution ne peut avoir d'effet vis-à-vis des tiers.
2289. Renvoi.

COMMENTAIRE.

2288. De même que l'ordonnance (2), cet article refuse d'admettre que les créanciers ou tiers acquéreurs puissent avoir connaissance de la substitution par d'autres voies que celle de la transcription. Ainsi, la transcription est une formalité intégrante sans laquelle une substitution ne peut avoir aucun effet vis-à-vis des créanciers et des tiers acqué-

(1) Furgole, *loc. cit.*
(2) Art. 33 du tit. 2.

reurs (1), et il importerait peu que celui qui aurait contracté avec le grevé eût assisté comme témoin à l'acte de substitution et qu'il l'eût signé. C'est ce qu'a jugé avec raison un arrêt du parlement de Toulouse du 21 mai 1728 (2).

2289. L'observation que nous avons faite au sujet de l'article précédent sur le défaut d'inscription, s'applique pareillement à cet article (3).

Article 1072.

Les donataires, les légataires, ni même les héritiers légitimes de celui qui aura fait la disposition, ni pareillement leurs donataires, légataires ou héritiers, ne pourront, en aucun cas, opposer aux appelés le défaut de transcription ou inscription.

SOMMAIRE.

2290. Explication de cet article.

COMMENTAIRE.

2290. Aux règles précédentes il y a une exception, et il est des personnes à l'égard desquelles les substitutions conservent, quoique non transcrites, leur entier effet. Ce sont, d'après notre article, d'abord les donataires, les légataires, et même les héritiers légitimes de ceux qui tiennent leurs droits à titre gratuit du disposant. Cette double disposition est copiée sur l'ordonnance de 1747 (4), qui l'avait elle-même empruntée à la déclaration du roi du 16 janvier 1712 (5).

(1) Furgole sur l'art. 33 du tit. 2. *Supra*, no 1181
(2) Furgole sur l'art. 23 de l'ord. de 1735
(3) *Supra*, no 2287.
(4) Art. 34 du titre 2.
(5) Furgole sur l'article précité.

Il est facile de comprendre pourquoi ces personnes ont été placées dans une condition autre que celle des créanciers et des tiers acquéreurs; quand ceux-ci sont poursuivis par l'éviction, « *certant de damno vitando;* » ceux-là au contraire « *certant de lucro captando.* » On peut recourir à ce que nous avons exposé ci-dessus n°s 1177 et suivants (1); on y trouvera la solution d'une autre question agitée entre M. Grenier d'une part (2), et MM. Delvincourt (3) et Duranton d'autre part (4), qui consiste à savoir s'il est interdit à un second donataire d'opposer le défaut de transcription non-seulement aux appelés, mais encore au grevé. Il est acquéreur à titre gratuit, et il ne saurait se prévaloir d'un droit qui n'a été établi qu'en faveur des acquéreurs et créanciers à titre onéreux. Entre personnes qui se disputent un gain, la loi ne s'écarte pas de ces deux règles : 1° *Prior tempore, potior jure est;* 2° Nul ne peut transmettre à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même.

ARTICLE 1073.

Le tuteur nommé pour l'exécution sera personnellement responsable, s'il ne s'est pas, en tout point, conformé aux règles ci-dessus établies pour constater les biens, pour la vente du mobilier, pour l'emploi des deniers, pour la transcription et l'inscription, et, en général, s'il n'a pas fait toutes les diligences nécessaires pour que la charge de restitution soit bien et fidèlement exécutée.

(1) Thévenot, n° 733.
(2) N° 380.
(3) T. II, p. 418.
(4) T. IX, n° 580. *Junge* Dalloz, sect. 2, art. 3, n° 12.

SOMMAIRE.

2291. De la responsabilité du tuteur à la substitution.

COMMENTAIRE.

2291. Après avoir prescrit les mesures à prendre dans l'intérêt des appelés et dans l'intérêt des tiers; après avoir indiqué quel est le devoir du tuteur à la substitution dans les différents cas qu'elle a passés en revue, la loi déclare expressément le tuteur personnellement responsable, s'il ne s'est pas, en tout point, conformé aux règles ci-dessus établies. Toutefois elle n'attache point à sa gestion la garantie de l'hypothèque légale, à laquelle sont soumis les biens des tuteurs ordinaires. Cette différence tient sans doute à ce que les fonctions du tuteur à la substitution n'ont ni l'importance, ni l'étendue de celles du tuteur du mineur ou de l'interdit.

Article 1074.

Si le grevé est mineur, il ne pourra, dans le cas même de l'insolvabilité de son tuteur, être restitué contre l'inexécution des règles qui lui sont prescrites par les articles du présent chapitre.

SOMMAIRE.

2292. Utilité de cette disposition.

COMMENTAIRE.

2292. Nous avons vu (1) que, bien qu'il y ait un tuteur nommé pour l'exécution de la substitution, le tuteur du grevé, dans le cas de minorité de celui-ci, n'est pas affranchi

(1) *Supra*, n° 2252

de responsabilité; il pourra donc arriver que le grevé ait un recours à exercer contre son tuteur. Mais alors, et c'est ce que cet article a pour but de décider, le grevé ne pourra se prévaloir de l'insolvabilité de son tuteur, pour se faire restituer contre l'inexécution des règles à l'observation desquelles le tuteur était tenu de veiller.

L'art. 1070 avait pris soin de le décider ainsi à l'égard du tuteur à la substitution qui avait négligé de faire faire la transcription. Il était utile de poser la même règle d'une manière plus générale vis-à-vis du tuteur ordinaire. Il n'aurait pas été juste, en effet, que la minorité du grevé pût nuire aux tiers ou aux appelés.

CHAPITRE VII.

DES PARTAGES FAITS PAR PÈRE, MÈRE, OU AUTRES ASCENDANTS, ENTRE LEURS DESCENDANTS.

ARTICLE 1075.

Les père et mère et autres ascendants pourront faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et partage de leurs biens.

SOMMAIRE.

2293. But et utilité du partage d'ascendant. — Ce qui le distingue de la démission de biens.

2294. Origine historique. — Droit romain. — différence entre le testament *inter liberos* et le partage *inter liberos*.

2295. Du droit coutumier. — Variété des coutumes. — Traits communs par lesquels le droit coutumier se distingue du droit romain.

2296. Dans notre chapitre, il s'agit du partage fait par les ascendants et non par les collatéraux. — Le pouvoir de l'ascendant est soumis à des règles, dans l'intérêt des enfants.

2297. Le père qui fait le partage de ses biens n'en a pas moins le droit de donner à l'un de ses enfants le disponible par préciput.

2298. Le partage se fait par donation ou par testament.

2299. Il imite, mais pas en tout, la succession naturelle.

2300. Du véritable caractère du partage *inter liberos*. — Fait entre-vifs, il n'est ni une donation proprement dite, ni un avancement d'hoirie.

2301. Il est toutefois révoqué pour inexécution des conditions, comme une donation.

2302. Fait par testament, il n'est pas un legs véritable. — Conséquences.

2303. Suite. — La représentation est admise, sauf pour le préciput, qui est un véritable legs.

2304. Le père doit suivre les règles d'un partage ordinaire, mais seulement celles qui sont essentielles, par exemple l'égalité dans la composition des lots.

2305. L'enfant qui a accepté un lot du vivant de son père, est-il recevable à contester, après la mort de celui-ci, l'équitable composition de ce lot?

2306. De la clause par laquelle le père donne par préciput ce qui se trouve dans un lot de plus que dans un autre.

2307. Le partage *inter liberos* a les effets d'un partage ordinaire.

COMMENTAIRE.

2293. Notre article donne aux pères, aux mères et aux autres ascendants la plus douce magistrature, en leur confiant le pouvoir de faire, entre leurs enfants, le partage de leurs biens (1).

Cet acte du père de famille est connu dans la jurisprudence sous le nom d'abandonnement de biens ou de partage d'ascendant (2). Ce n'est pas la démission de biens comme dans l'ancien régime (3). Car, même autrefois et lorsque la démission de biens était légalement pratiquée, on la distinguait du partage *inter liberos*. La démission ne contenait pas nécessairement un partage; elle ne se confondait avec le partage *inter liberos* qu'autant que le démettant la faisait entre les personnes et avec les conditions auxquelles convenait le partage *inter liberos*.

C'est quelquefois par testament que le père fait le partage

(1) M. Favard de Langlade, *Rapport du Tribunat* (Fenet, t. XII, p. 644 Locré, t. XI, p. 509).

(2) M. Merlin, Répert., v° *Partage d'ascendants*.

(3) *Supra*, n° 35. M. Genty, *Du partage d'ascendants*, n° 34. M. Zachariæ, t. V, p. 469, § 728, note 1.

de ses biens entre ses enfants. Son but est alors de distribuer sa succession de manière à faire régner après lui, entre ses enfants, la concorde et l'union. Mais plus souvent, c'est par voie de donation entre-vifs que l'ascendant procède. Lorsqu'un père sent le poids de l'âge et que l'heure du repos a sonné pour lui, il trouve dans ses enfants des successeurs naturels qui, en prenant ses biens par anticipation, le déchargent d'une administration pénible et assurent à ses vieux jours, au moyen d'une pension, une existence honorée et exempte de soucis. Non-seulement il s'assure par là que sa mort ne sera pas suivie de dissensions domestiques, mais de plus il jouit, par avance, de la paix qui lui survivra, grâce à la sagesse de ses dispositions et à sa confiance dans ses enfants. C'est pourquoi les partages anticipés entre enfants sont très-usités dans beaucoup de provinces de France. Ils y produisent d'excellents effets.

Vainement la subtilité du droit opposerait-elle que les partages anticipés blessent le principe d'après lequel on ne peut pactiser sur une succession future. La magistrature paternelle exercée sur le foyer domestique pour en bannir les discordes, a un caractère si respectable et si tutélaire, qu'il n'y a pas à craindre avec elle les inconvénients ordinairement attachés aux pactes sur les successions futures. Elle empêche les débats, au lieu de les faire naître ; elle est utile à la famille, au lieu de lui créer des embarras. Qu'y a-t-il de plus favorable que cette intervention du père, qui prévient heureusement l'office des experts, des arbitres et des juges, qui dispense des formalités et des lenteurs ordinaires, tout en conservant les droits de chacun? Salomon dit très-bien dans ses proverbes : « *Sapiens dominabitur filiis stultis et inter fra-* » *tres hæreditatem dividet* (1); » et c'est le cas de répéter

(1) Ch. 17, *versic* 2.

avec la loi des Douze Tables : « *Arbitrium patris summum ju-* » *dicium esto.* »

2294. Comme le droit consacré par notre article est une sorte d'effet de la puissance paternelle (1), son origine se perd dans la nuit des temps (2). On en trouve les traces juridiques dans le droit romain, dans les formules (3) et capitulaires (4), et dans les coutumes.

Les textes du droit romain qui en ont parlé ont été l'objet d'une difficile étude, ainsi qu'on peut le voir par les discussions auxquelles se livre Furgole (5). Comme la novelle 107, qui formait sur ce point le dernier état de la jurisprudence, réglait en même temps les formes du testament *inter liberos*, et du partage *inter liberos*, il est arrivé qu'on a souvent confondu ensemble ces deux genres d'actes, et de là sont nées de longues controverses. Mais ces deux choses sont très-différentes l'une de l'autre, comme l'établit Furgole (6). En effet, l'institution solennelle était requise dans le testament *inter liberos*, et le testateur devait exprimer les parts pour lesquelles il faisait ses enfants héritiers. Dans les partages *inter liberos*, au contraire, qui étaient plutôt de simples actes du droit naturel (7) et des dispositions *ab intestat*, le père de famille n'était pas obligé d'observer la formalité de l'institution héréditaire ; et cette faculté, d'après la novelle 107,

(1) Brodeau *sur Louet*, lettre *P*, *somm.* 24, n° 7.

(2) Deutéronome, ch. 24, *versic.* 15.

(3) « *Veteres incerti auctoris formulæ secundum legem romanam.* » (C. 21, 22.)

(4) L. 7, c. 248.

(5) *Testaments*, ch. 2, sect. 1, nos 30 et suiv. L. 16, C., *Familiæ erciscundæ*. L. 21, § 1, C., *De testam.* Ulpien, l. 20, § 4, D., *Familiæ erciscundæ*. Novelle 13, cap. 7. Novelle 107. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 179, n° 145.

(6) *Testam.*, ch. 8, sect. 1, nos 143 et suiv.

(7) Ulpien, l. 20, § 3, D., *Famil. erciscundæ*.

s'étendait à tous les ascendants, sans distinction de sexe.

Nous ne nous arrêterons pas à mettre les auteurs d'accord sur les formalités nécessaires dans les pactes *inter liberos*. On peut consulter Favre (1), Mantica (2), Voët (3) et Furgole (4). L'ordonnance de 1735 (5) les régla d'une manière définitive. Elle voulut, ou que l'acte de partage fût fait en présence de deux notaires ou tabellions, ou d'un seul notaire et de deux témoins, ou qu'il fût entièrement écrit, daté et signé de la main du partageant.

2295. Dans les pays coutumiers, le partage entre enfants n'était pas de droit commun (6); il n'était admis que dans certaines coutumes, telles que celles de Bretagne (7), Poitou (8), Bourbonnais (9), Nivernais (10), Bourgogne (11), Amiens (12), Péronne (13), etc., etc., et il s'y pratiquait avec des règles différentes et spéciales qui variaient suivant le caprice du statut. Ici le droit était restreint aux père et mère; là, il s'étendait jusqu'aux collatéraux. Mais dans tous les cas, il se distinguait par des côtés remarquables du partage *inter liberos* pratiqué en droit romain.

En effet, suivant les règles du droit romain, le partage *inter liberos* pouvait être fait de tous les biens ou de quelques biens seulement, comme le prouvent les lois 20, § 3,

(1) C., lib. 6, t. V, *défin.* 27.
(2) *De conject. ult. vol.*, lib. 6, t. II, n° 2.
(3) *Ad Pand.*, *Qui test. facere poss.*, n° 15.
(4) Ch. 2, sect. 1, n° 57.
(5) Art. 15, 16, 17, 38.
(6) Lebrun, *Success.*, l. 4, ch. 1, n°s 8 et suiv.
(7) Art. 560.
(8) Art. 216.
(9) Art. 216.
(10) Tit. *Des succes.*, art. 17.
(11) Tit. *Des success.*, art. 7, 8, 9
(12) Art. 94.
(13) Art. 107.

et 21, C., *Familiæ erciscund.*, et particulièrement la novelle 18, chap. 7, portant : « *Si quis voluerit suas res aut* » *dividere, aut omnes, aut etiam aliquas forte relinquere præcipuas.* » De plus, il pouvait être fait au profit de quelques enfants seulement; car, comme nous l'avons dit, la prétérition n'y était pas un moyen de nullité : c'était alors une espèce de préciput.

Dans les pays coutumiers, au contraire, le partage devait être fait entre tous les enfants, et il devait comprendre tous les biens existants à l'époque où il était fait. Au surplus, soit dans des pays de droit écrit (1), soit dans des pays coutumiers (2), le père pouvait créer entre ses enfants des inégalités, pourvu que les légitimes restassent intactes.

Enfin le partage *inter liberos*, soit en pays de droit écrit, soit en pays de coutume, avait un caractère ambulatoire, même lorsqu'il y avait été qualifié de donation entre-vifs et qu'il avait été insinué (3). On exceptait le cas où il était fait par contrat de mariage (4), et celui où le père avait opéré une tradition réelle à ses enfants moyennant une pension annuelle (5).

(1) L. *ult.*, C., *De pactis*. Mantica, *De conject. ultim. vol.*, l. 6, t. 11, n° 15 : « *Sed etsi hæc præsumptio sit recipienda ut pater voluerit filios esse* » *æquales, tamen nemini dubium est quin pater possit filios ex inæqualibus* » *instituere, dummodo eorum legitimam non diminuat.* » Hilliger *sur Doneau* dit de même : « *Unde apparet valere, etsi inæqualiter liberi instituti. Nam* » *si æqualiter omnino nulla utilitas.* » *Junge* Fachinée, *Controv.* l. 4, cap. 2.

(2) Bretagne, art. 560. Coquille *sur Nivernais*, tit. *Des successions*, art. 17.

(3) Brodeau *sur Louet*, lettre *P*, *somm.* 24, n°s 7 et 8. Nivernais, *loc. cit.*, 8. *Capitulaires*, lib. 7, c. 248.

(4) Lebrun, *loc. cit.*, n°s 12 et 14.

(5) M. Grenier, *Dissertations préliminaires*, t. I, p. 150 (édition Bayle-Mouillard).

2296. Le Code Napoléon, suivant son habitude, a porté la clarté et la précision dans cette matière.

Et d'abord le partage, dont notre chapitre 7 trace les règles, ne concerne que la distribution des biens entre enfants et petits-enfants par les ascendants. Les art. 1075 et suivants ne sont pas faits pour les collatéraux, lesquels restent sous l'empire du droit commun pour la libre disposition de leur succession par donation et testament (1). Le partage qu'un oncle ferait à ses neveux, vaudrait comme libéralité ordinaire, sans que les abandonnataires, envers lesquels le disposant n'est tenu à rien, pussent se plaindre du vice de prétérition et de lésion dont les enfants peuvent se faire un grief. Mais les pères ont moins de liberté envers leurs enfants. Quoique la puissance paternelle se manifeste ordinairement par l'affection et la justice, elle n'est pourtant pas tout à fait exempte de certains excès, et le législateur a dû prendre des mesures de précaution, pour protéger le droit des enfants contre la possibilité de l'arbitraire du père. De là, l'art. 1078, qui veut que le partage *inter liberos* ne soit valable qu'autant que tous les enfants y sont appelés, parce que, la nature les appelant tous, il ne dépend pas du père d'en omettre un seul. De là encore, l'art. 1079, qui proclame chez les enfants un droit antérieur de copropriété, et le proclame tellement sacré qu'une action en lésion leur est ouverte. Il semble que, par le partage, l'enfant reçoive moins une libéralité que sa propre chose, et que le père ne puisse pas plus qu'un expert ou un liquidateur s'écarter, dans la formation des lots, de l'égalité qui est la loi ordinaire des partages de succession.

2297. Cependant, s'il est vrai que le père ne puisse, en tant qu'arbitre, rompre d'une manière sensible l'égalité entre

(1) M. Zachariæ, t. V, p. 470.

enfants, il peut en vertu de sa magistrature paternelle, disposer de la portion disponible par voie de préciput, et coordonner son partage avec une telle préférence (1). Le pouvoir de faire un partage entre enfants n'a pas été créé et reconnu pour enlever au père l'exercice de son droit si utile et si salutaire sur la portion disponible.

2298. D'après le Code Napoléon, le partage peut se faire, soit par donation, soit par testament (2). Par testament, il est soumis à la volonté ambulatoire de l'homme; par donation, il est irrévocable et devient la loi de la famille, même avant la mort du disposant.

2299. Enfin, il n'imite que dans une certaine mesure la succession naturelle, et le Code n'est pas aussi strict à cet égard que l'ancienne jurisprudence coutumière. Le père peut, à la rigueur, ne faire qu'un partage partiel (art. 1077). N'oublions pas, cependant, que le partage doit être fait entre tous les enfants (art. 1078), comme dans la succession *ab intestat*, ainsi que nous l'avons dit tout à l'heure.

2300. A la suite de ces notions, on se demande quel est le véritable caractère des partages *inter liberos*.

On ne saurait entièrement les assimiler aux donations ordinaires entre-vifs et aux avancements d'hoirie (3). Il y a, en effet, des différences très-graves dans leurs causes, leurs motifs et leurs effets. Si, sous certains rapports, les partages sont des libéralités, ils sont, sous d'autres rapports, l'accomplissement d'obligations légales et de devoirs naturels

(1) Art. 1079. M. Zachariæ, t. V, p. 471.

(2) Art. 1076. La vente consentie par un père ou une mère, au profit de ses enfants, de tous ses biens meubles et immeubles, ne constitue pas un partage d'ascendant, et n'est pas dès lors soumise aux mêmes formes que ce dernier acte. Nancy, 4 juin 1859 (Dalloz, 60, 2, 22; *J. Pal.*, 1859. p. 1165; Devill., 59, 2, 477).

(3) *Supra*, n° 961. Cassat., 29 juillet 1836 (Devill., 36, 1, 590).

imposés aux ascendants. Ils ont lieu avec le concours et l'acceptation de toute la famille. Ils sont soumis à l'action en rescision pour lésion ; ils préviennent de graves difficultés sur l'époque à prendre pour les estimations des biens et sur leurs résultats définitifs (1). L'enfant qui reçoit son lot des mains de son auteur, reçoit un bien qui lui est, pour ainsi dire, commun avec ce dernier, et qui dans tous les cas devait lui revenir nécessairement, par l'ordre de la nature et de la loi. Le partage n'a donc pas tous les caractères de la donation proprement dite. Il est encore moins un avancement d'hoirie. La donation en avancement d'hoirie est soumise au rapport, et ce rapport prépare le partage. Mais ce lot reçu par l'enfant est le partage lui-même ; il est définitivement acquis, et loin de devoir rentrer dans la masse, il est la fraction détachée de la masse pour remplir chacun des ayants droit.

2301. Mais bien que se distinguant par des nuances remarquables de la donation proprement dite, le partage peut, comme la donation, être revoqué pour inexécution des conditions, si l'enfant abandonnataire ne remplit pas envers son père les obligations auxquelles il s'est soumis par le contrat (2).

2302. Si le partage fait entre-vifs n'est pas une donation proprement dite, le partage fait par testament n'est pas davantage un legs véritable. Les raisons en sont évidentes par ce que nous avons dit au n° 2300.

De là les conséquences suivantes :

Et d'abord, les dispositions testamentaires n'ont d'effet que par l'acceptation, et elles s'écroulent par la répudiation des légataires, toujours maîtres d'accepter ou de répudier.

(1) Dijon, 11 mai 1844 (Devill., 44, 2, 669 et 670).

(2) Limoges, 21 juin 1836 (Devill., 36, 2, 592. Dalloz, 37, 2, 30).

C'est pourquoi le fils gratifié par le testament de son père a le droit de renoncer au don pour s'en tenir à sa réserve. Il n'en est pas de même dans le partage *inter liberos*. Un enfant apportionné n'a pas la faculté de déclarer, malgré ses frères, qu'il préfère au lot composé par le père le lot qui lui obviendra par le partage *ab intestat*. Le partage est la loi commune. Cette loi est obligatoire, et le fils doit la subir, tant que le père ne s'est pas écarté des dispositions de notre chapitre. Ce dont il est apportionné est la succession *ab intestat* même, divisée par le meilleur de tous les arbitres.

2303. Cette conséquence conduit à une autre, et il faut dire que le prédécès d'un des enfants ne fait pas évanouir le partage, comme il ferait évanouir un véritable legs. L'enfant, dont le lot a été fait dans le partage, sera représenté, conformément au droit commun, par ses descendants. Le père n'a fait, à vrai dire, qu'un partage de succession; les règles de la succession sont donc seules applicables, et la représentation en ligne directe doit produire son effet (1). Je voudrais cependant apporter une exception à ceci, dans le cas où l'enfant prédécédé aurait reçu, dans le partage testamentaire, un avantage par préciput. En effet, le préciput est un véritable legs ; bien que contenu dans un partage, il n'en est pas moins soumis au droit commun.

2304. Le père de famille n'est nullement astreint à se soumettre indistinctement à toutes les règles qui régissent les partages ordinaires; car la loi lui enlèverait d'une part ce qu'elle lui accorde de l'autre. Il suffit qu'il ne s'écarte pas des règles qui sont de l'essence des partages.

Parmi ces règles domine celle qui veut la juste et égale distribution des biens dans chaque lot, selon leur qualité et valeur (art. 816, 832, 833, Code Napoléon). Le père de fa-

(1) *Infra*, nº 2320, sur l'art. 1078.

mille doit la respecter, et le partage qui, sans nécessité, donnerait tous les immeubles à l'un et tout l'argent l'autre, devrait ou être annulé (1), ou du moins complété, aux termes de l'art. 833 du Code Napoléon, par une compensation (2). Autrement le père, sous prétexte de faire un partage, aurait un moyen de priver ses enfants d'un droit attaché par la loi à leur réserve. Si cependant un ou plusieurs de ses biens ne pouvaient pas se partager commodément, le père pourrait composer les parts d'enfant en tenant compte de cette circonstance, et il n'y aurait pas lieu de se plaindre si, par exemple, un lot comprenait l'immeuble impartageable, et l'autre, des valeurs mobilières correspondantes (3). Notez pourtant que l'enfant, apportionné avec ce dernier lot, serait fondé à prouver que le fait d'impartageabilité n'a été qu'un prétexte mis en avant par le père pour sortir des règles d'un partage équitable et légal (4).

Du reste, il est toujours au pouvoir du père, en ne réduisant aucun de ses enfants à une position moins avantageuse que celle des autres, de combiner et de modifier cette distribution elle-même, de manière à satisfaire le mieux possible à leurs intérêts, convenances et situations respectives, et assurer par là la paix de la famille (5). Les enfants auraient mauvaise grâce à se révolter contre ces combinaisons équitables, sous prétexte de quelques inexactitudes minutieuses

(1) Cassat., 16 août 1826 (Dalloz, 26, 1, 154. *J. Palais*, 1826, t. XX, p. 809. Devill., 8, 1, 410). Cassat., 12 août 1831 (Devill , 32, 1, 879). Cassat., 18 déc. 1848 (Devill., 49, 1, 257). Limoges, 5 av. 1836 (Devill., 37, 2, 36). Lyon, 20 janv. 1837 (Devill., 38, 2, 63). Caen, 27 mai 1843 Devill., 43, 2, 575).

(2) Cassat., req., 12 août 1840 (Devill., 40, 1, 678.

(3) Caen, 15 juin 1835 (Devill., 38, 2, 521. Dalloz, 39, 2, 11). Agen, 10 mai 1838 (Devill., 38, 2, 375).

(4) Lyon, 20 janv. 1837 (Devill., 38, 2, 63. Dalloz, 37, 2, 148).

(5) Cassat., req., 26 mars 1845 (Devill., 47, 1, 120).

dans la composition des lots. On sait d'ailleurs que l'art. 832 lui-même reconnaît que, dans son application, il est susceptible d'être modifié par les faits (1).

Il y a plus, et le père, qui doit quelquefois être investi d'un arbitraire utile dans l'intérêt des siens, pour la prospérité de leur avenir et la facilité de leur établissement, a un moyen légitime d'imposer sa volonté à ses enfants, ainsi qu'on l'a vu ci-dessus (2), par un exemple où un père n'avait pas voulu que sa prévoyance, bien que s'écartant des règles tracées par les articles précités du Code, vînt se briser contre des prescriptions légales, excellentes sans doute en général, mais trop absolues dans un cas particulier.

2308. On demande si lorsque l'enfant a reçu son lot en argent du vivant du père, il n'est pas non recevable, après sa mort, à contester son fait volontaire d'acceptation. La cour de Caen a décidé, en pareil cas, que la fin de non-recevoir est de nature à être prise en considération par les tribunaux (3). Et néanmoins, il faut être sobre d'une telle fin de non-recevoir. L'enfant obéit en général à l'autorité paternelle; il cède à une crainte révérentielle dont il faut le louer et non le punir. On verra plus tard (4) que l'enfant, qui a reçu de son père un lot dans lequel il est lésé, a, malgré cette réception, une action en lésion autorisée par l'art. 1079 du Code Napoléon. S'il est recevable, en pareil cas, pourquoi serait-il non recevable, dans le nôtre? Enfin, il est constant en jurisprudence (5) que l'enfant qui souffre de la mauvaise composition de son lot n'est pas recevable, pen-

(1) Cassat., req., 12 août 1840 (Devill., 40, 1, 678).

(2) N° 267.

(3) 27 mai 1843 (Devill., 43, 2, 57[illegible]). *Junge* Zachariæ, t. V, p. 475. M. Duranton, t. IX, n° 658.

(4) *Infra*, n° 2336.

(5) *Infra*, n° 2333.

dant la vie du disposant, à élever des plaintes qui porteraient atteinte au respect dû à l'autorité paternelle. Comment donc une fin de non-recevoir pourrait-elle ressortir d'une situation que l'enfant est tenu d'accepter et de supporter en silence (1)?

2306. Comme les partages d'ascendants ont pour but principal de prévenir les difficultés des partages ordinaires et des liquidations, on insère quelquefois dans les actes une clause portant que si le père n'a pas atteint l'égalité qu'il a cherché à établir, le plus ou moins de valeur de chacun des lots restera à l'avantage ou au désavantage de ceux auxquels ils sont attribués, faisant au besoin donation entre-vifs et par préciput de la plus-value à ceux des enfants dans le lot desquels il pourra s'en trouver (2). Cette clause est très-prudente, elle est valable et doit être respectée (3).

2307. Les partages *inter liberos*, étant une distribution officieuse de la succession du disposant, ont entre les copartageants les mêmes effets que les partages ordinaires. La garantie des lots y a lieu (4), ainsi que le privilége établi par l'art. 2103, n° 3 du Code Napoléon.

(1) V. Agen, 16 fév. 1857 (Devill., 57, 2, 193). Rouen, 20 fév. 1857 (Devill., 57, 2, 356). Cass., 9 juin 1857 (Devill., 57, 1, 687). Agen, 1er juin 1858 (Devill., 58, 2, 417). Req., 18 août 1859 (Devill., 60, 1, 64; Dalloz, 59, 1, 410). — V. cependant Req., 7 août 1860 (Dalloz, 60, 1, 498). Quelques auteurs distinguent et n'admettent la solution qu'à l'égard des partages entre-vifs. V. MM. Genty, nos 137 et suiv., Colmet de Santerre, contin. de Demante, t. IV, n° 243 *bis*, 17, 18. Demolombe, *Revue critique*, t. I, p. 326.—Mais V. MM. Massé et Vergé *sur Zachariæ*, t. III, § 508, note 4; Aubry et Rau, t. VI, § 736, note 3, où ils rétractent l'opinion par ceux émise précédemment.

(2) Espèce d'un arrêt de Dijon du 11 mai 1844 (Devill., 44, 2, 669).

(3) Cassat., req., 1er mars 1831 (Devill., 31, 1, 100; Dalloz, 31, 1, 80). Lyon, 6 mars 1829 (Devill., 9, 160; Dalloz, 29, 2, 173). *Supra*, n° 267.

(4) M. Zachariæ, t. V, p. 484.

ARTICLE 1076.

Ces partages pourront être faits par actes entre-vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments.

Les partages faits par actes entre-vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents.

SOMMAIRE.

2308. Le partage d'ascendant change de nature et d'effets, suivant la forme adoptée par l'ascendant. — Conséquences.
2309. Suite. — De la révocabilité. — Des biens qu'il peut comprendre.
2310. Suite. — De la dévolution des dettes.
2311. Des dettes quand le partage est partiel.
2312. Des dettes postérieures au partage fait par acte entre-vifs.
2313. Du compte que le père doit tenir, dans le partage de sa succession, des dons qu'il a déjà faits à ses enfants, soit par préciput, soit en avancement d'hoirie.
2314. De la promesse d'égalité que le père aurait faite à l'un de ses enfants.

COMMENTAIRE.

2308. Bien que nous ayons dit ci-dessus que les partages entre enfants ne sont ni de véritables donations, ni de véritables legs, ils touchent cependant de très-près à ces genres de dispositions; ils y touchent surtout par la forme. Notre article les assujettit aux formes, conditions et règles des donations entre-vifs ou des testaments. Remarquez ces derniers mots : « conditions et règles ; » ils sont dignes de considération. Toutes les fois donc que la nature des choses n'y répugnera pas, il faudra appliquer aux partages *inter*

liberos les règles des donations, si c'est entre-vifs que le père a partagé ses biens (1), ou les règles des testaments, si c'est la forme testamentaire qu'il a préférée. De ceci il faut conclure que les partages *inter liberos* changent de nature suivant qu'ils sont faits dans la forme testamentaire, ou dans la forme de donation entre-vifs.

2309. S'ils sont faits par testament, ils suivent la nature et les conditions de ce genre d'actes; ils sont essentiellement révocables et ne peuvent avoir d'effet que par la mort du disposant. Ils peuvent comprendre les biens présents et à venir.

S'ils sont faits par acte entre-vifs, ils ont un effet présent, ils sont irrévocables et lient le donateur, qui se dépouille irrévocablement de la propriété de ses biens pour la transférer à ses enfants.

Et comme la donation ne peut porter que sur les biens présents et qu'elle a pour condition l'acceptation du donataire, il s'ensuit que les partages *inter liberos*, faits par donation, ne peuvent avoir pour objet que les biens présents, et que de plus ils doivent être acceptés (2).

2310. Voici une autre conséquence de l'application des règles et conditions de la donation aux partages *inter liberos*.

(1) Par exemple, l'état descriptif, s'il s'agit de partage de mobilier (art. 948), et la transcription de la donation par rapport aux tiers (art. 939). M. Merlin, v° *Partage d'ascendants*, n° 14. Zachariæ, t. V, p. 473.

(2) Conformément à ces principes, j'ai établi dans mon Comm. du *Cont. de Mar.*, n° 212, que le partage anticipé de la communauté, fait par les époux au profit des enfants, est nul. J'ai cité dans ce sens, *Additions au t. IV du même Commentaire*, un arrêt de la Cour de cassation du 13 novembre 1849 (Devill., 49, 1, 754), rendu dans le cas d'un partage anticipé fait par testament. Par un nouvel arrêt du 23 décembre 1861, la chambre civile, cassant un arrêt de la cour de Bourges, du 13 fév. 1860 (Devill., 61, 2, 70), a maintenu sa jurisprudence. — V. aussi Rouen, 20 fév. 1857 (Devill., 57, 2, 536).

Lorsque le partage s'effectue par un abandonnement actuel et en vertu d'une donation entre-vifs de tous les biens présents, les enfants saisis de tout l'actif du disposant sont, par suite, tenus de ses dettes, chacun pour sa part et portion (1). Le père a hâté par sa volonté une démission qui n'aurait eu lieu que par sa mort. Et toutes les circonstances indiquent qu'en se déchargeant des biens, il a voulu aussi se décharger des dettes (2), ainsi que cela aurait eu lieu si la mort eût ouvert sa succession. Les dettes suivront donc le sort des biens (3); elles se diviseront avec les valeurs actives que les enfants ont reçues, et ces derniers seront tenus directement et personnellement envers les tiers; ce qui n'empêchera pas ceux-ci de conserver leur action contre le disposant, qui, par son propre fait, n'a pu leur enlever le droit résultant de leur contrat.

2311. Mais cette dévolution des dettes résultant de la nature de l'acte et de l'intention présumée des parties, n'aurait pas lieu, si le partage fait par le disposant ne comprenait pas tous ses biens présents. En pareil cas, on ne pourrait pas dire qu'il a voulu imiter la succession *ab intestat*, et

(1) Argument des art. 1010, 1012, 1084 et 1085 du C. Nap.

(2) Voy. là-dessus ce que nous avons dit *supra*, n° 1214. C'est ce qui avait lieu dans les démissions de biens, *supra*, n° 35.

(3) Cassat., req., 19 février 1824, rejet du pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Paris du 24 août 1822 (Devill., 7, 1, 400; *J. du Palais*, 1824, t. XVIII, p. 466). Agen, 14 juin 1837 (Devill., 39, 2, 490). *Contra*, Douai, 12 février 1840 (Devill., 40, 2, 393, 394. *J. du Palais*, 1841, t. XXXVII, p. 749). Ce dernier arrêt n'est pas soutenable. Il a été jugé aussi que lorsque, dans le partage anticipé de ses biens, le père de famille a expressément indiqué celles de ses dettes qu'il met à la charge de ses donataires, ceux-ci peuvent se refuser au payement de toutes autres dettes même antérieures au partage, sauf aux créanciers, s'il y a lieu, à attaquer la donation comme faite en fraude de leurs droits. Bordeaux, 18 janvier 1858 (Dalloz, 59, 2, 182; *J. Pal.*, 1859, p. 391). Mais V. Nîmes, 20 août 1856 (*J. Pal.*, 47, p. 1137; Dalloz, 56, 2, 220).

l'on rentrerait sous l'empire du principe d'après lequel le donataire particulier n'est pas tenu directement et personnellement des dettes.

2512. Que si le disposant, après s'être dessaisi de la totalité de ses biens présents, contracte des dettes, celles-ci sont étrangères à ses enfants, et les créanciers doivent s'imputer à eux-mêmes d'avoir suivi la foi d'un débiteur qui n'offrait pas de garanties. Il est vrai que son décès ultérieur donnera ouverture à une succession nouvelle. Mais les enfants ne pourraient être tenus de ses dettes postérieures à l'abandonnement, que parce qu'il leur aurait plu d'accepter cette succession. Ce ne serait pas en vertu du partage que ces dettes retomberaient sur eux, mais en vertu de leur adition de l'hérédité.

2513. Nous disions tout à l'heure que le partage *inter liberos* fait par donation ne peut comprendre que les biens présents : de là la question de savoir quel compte le père de famille doit tenir des dons en avancement d'hoirie qu'il a faits à quelques-uns de ses enfants, avant d'opérer le partage définitif par lequel il entend régler, avant son décès, toutes les affaires de sa succession. Ces dons en avancement d'hoirie sont-ils tels qu'on doive considérer les biens qui en sont l'objet comme des biens aliénés ? Ou, au contraire, doit-il les compter parmi les biens présents, sujets au partage ?

Pour répondre à cette question, une distinction est nécessaire entre les dons faits par préciput et les dons faits sans clause de préciput.

A l'égard des premiers, le père, en faisant le partage de ses biens, doit considérer comme définitivement acquis les avantages par préciput dont il a antérieurement saisi un de ses enfants. Il ne peut pas, par sa propre volonté, retirer ce qu'il a donné irrévocablement et avant tout partage. De même que le préciput est hors du partage de la succession

ouverte par le décès, de même il est hors de la main du père faisant un partage anticipé (1).

Il n'en serait autrement que si le fils avantagé consentait à l'égalité, en acceptant, sciemment et avec connaissance de cause, la nouvelle position que lui fait son père ; sa condition serait réglée par son propre fait.

Quant aux donations en avancement d'hoirie qui n'ont pas le caractère de préciput, le père qui veut opérer un partage complet doit en imposer le rapport à la masse, et faire le partage y compris ces donations, conformément à ce qui lui est dicté par l'intérêt des siens (2).

2314. Obligé de respecter les préciputs par lesquels il s'est antérieurement lié, le père doit, par la même raison, respecter les promesses d'égalité qu'il a faites à quelques-uns de ses enfants, soit dans leur contrat de mariage, soit de toute autre manière (3). Il ne peut détruire, par un partage ultérieur, des promesses qui ont servi de base à l'établissement d'un enfant.

ARTICLE 1077.

Si tous les biens que l'ascendant laissera au jour de son décès n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ces biens qui n'y auront pas été compris, seront partagés conformément à la loi.

(1) Cassat., req., 12 avril 1831 (Devill., 32, 1. 839. *J. du Palais*, 1831, t. XXIII, p. 1443). M. Vazeille, t. III, sur l'art. 1079, n° 1.

(2) Cassat., req., 9 juillet 1840 (Devill., 40, 1, 805). M. Genty, *Des partages d'ascendants*, n° 14, p. 134.

(3) Limoges, 29 fév. 1832 (Devill., 32, 2, 283. *J. du Palais*, 1832, t. XXIV, p. 801). Riom, 26 nov. 1828 (Devill., 9. 2, 160. *J. du Palais*. 1828, t. XXII, p. 396).

SOMMAIRE.

2315. Le partage peut ne comprendre qu'une partie des biens de l'ascendant.

2316. Les biens restés en dehors ou nouvellement acquis sont partagés conformément à la loi, sans qu'il y ait lieu au rapport des biens compris dans le partage d'ascendant.

COMMENTAIRE.

2315. Le code n'a pas adopté la disposition des coutumes, qui voulait que le partage comprît tous les biens qu'avait le disposant lors de cet acte de magistrature domestique. D'après notre article, conforme au droit romain, le partage peut ne comprendre qu'une partie de ces biens. En général, cependant, et dans la pratique habituelle, le partage *inter liberos* se fait de la totalité des biens ; il n'atteint même son principal but d'utilité (qui est de prévenir les difficultés des partages), que lorsque par une opération complète, il divise tout le patrimoine du père de famille.

Il est possible cependant que le père ait acquis des biens depuis le partage entre-vifs. Cette acquisition nouvelle ne saurait nuire à ce qui a été fait. Il peut aussi arriver que le père ait oublié, dans sa distribution, quelques-unes de ses propriétés, ou même qu'il se soit réservé la propriété et jouissance d'un immeuble pour lequel il avait de l'affection. Dans ces différents cas, et autres analogues, le Code Napoléon n'a pas voulu que le partage du père fût dépouillé de ses effets : ils continuent donc à subsister. Seulement, les choses non comprises dans le partage seront partagées conformément à la loi.

2316. De là il résulte que cette seconde succession restant étrangère à la première et ne se composant que des seuls biens non partagés, il n'y aura pas lieu à faire le rapport de

ce qui a été compris dans le premier partage. Ce partage n'est pas un simple avancement d'hoirie. C'est un acte de famille ayant un caractère définitif, et les enfants possèdent les biens partagés à peu près comme s'ils les eussent acquis à titre onéreux (1).

ARTICLE 1078.

Si le partage n'est pas fait entre les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de ceux prédécédés, le partage sera nul pour le tout. Il en pourra être provoqué un nouveau dans la forme légale, soit par les enfants ou descendants qui n'y auront reçu aucune part, soit même par ceux entre qui le partage aurait été fait.

SOMMAIRE.

2317. Le partage n'est valable que s'il a été fait entre tous les enfants. —L'enfant omis n'a d'action qu'après la mort du disposant.
2318. *Quid* si l'un des enfants apportionnés prédécède son père? —Du cas d'un partage fait par acte entre-vifs.
2319. Du cas d'un partage par testament. — Si l'enfant décédé ne laisse pas de postérité, il faut refaire le partage.
2320. Si l'enfant laisse des descendants, ceux-ci prennent la part de leur père, et le partage est valable.
2321. Objection tirée du texte. — Réfutation.
2322. La survenance d'un enfant donne lieu à un nouveau partage.
2323. Différence entre notre hypothèse et celle de l'art. 960 du Code Napoléon. — Le partage subsiste si l'enfant survenu prédécède son père.
2324. L'omission d'un enfant naturel n'annule pas le partage, sauf à cet enfant à réclamer ce qui lui revient.
2325. Prescription de l'action en nullité pour omission d'un enfant.

(1) Voy. *supra*, n° 964, où j'ai traité ce point.

COMMENTAIRE.

2317. Le Code ne permet pas qu'un des enfants soit prétérit dans l'acte de partage, ainsi que cela pouvait avoir lieu dans le droit romain. Tous les enfants sont parties nécessaires dans la distribution que le père fait de ses biens. Il ne peut pas plus les exhéréder par un partage que par un testament; il ne peut les passer sous silence sans aller contre l'essence même du partage, qui veut que l'on ne puisse faire les parts qu'eu égard à toutes les personnes qui ont droit d'y prétendre. L'omission de l'un des enfants vicie donc le partage dans sa base. Seulement, il faut remarquer que l'enfant omis n'aura d'action qu'au décès du disposant. Pendant sa vie, le défunt a pu faire de ses biens l'usage qui lui convenait; il n'en devait aucun compte à ses enfants. Il a pu tout donner aux uns, rien à l'autre. C'est seulement à sa mort que l'équilibre peut se rétablir par l'ouverture du droit personnel des enfants. Auparavant, ce droit est suspendu : on peut même dire qu'il n'est pas né (1).

2318. A l'oubli d'un des enfants, par le fait du père, on ne saurait assimiler le vide occasionné par le prédécès d'un ou plusieurs des enfants partagés. Ce dernier cas mérite cependant examen, et quoique nous l'ayons déjà touché (2), nous devons y revenir, parce qu'il se lie à la saine interprétation du texte de notre article.

Le prédécès peut se présenter, soit dans le cas de partage entre-vifs, soit dans le cas de partage testamentaire.

Dans les partages entre-vifs, qui consomment l'acte du vivant du père, le prédécès d'un enfant apportionné n'a

(1) *Infra*, n° 2323.
(2) *Supra*, n° 2303.

aucune influence sur l'existence du partage (1); l'enfant était saisi; il jouissait de son lot; qu'importe qu'il décède avant son père? il transmet à ses successeurs légitimes ou testamentaires les biens composant sa part, dont il était définitivement investi.

2319. Il y a plus de difficulté, ou pour mieux dire de controverses, lorsque le partage a eu lieu par acte testamentaire.

Pour éclairer ce point, il faut faire une distinction :

Ou l'enfant prédécédé meurt sans postérité, ou il meurt en laissant des descendants à sa survivance.

Dans le premier cas, nous n'hésitons pas à croire que le partage doit être refait. Supposons que le père ait eu quatre enfants lorsqu'il a fait son partage, et que l'un d'eux se trouve décédé au moment de l'ouverture de la succession du disposant. N'est-il pas évident que l'œuvre du père s'applique à une situation de la famille qui n'est plus la vraie, et qu'il faut tout recommencer? Non pas qu'il soit nécessaire, pour arriver à cette conclusion, de recourir aux règles du Code Napoléon sur la caducité des dispositions testamentaires, mais par cette raison prédominante, à savoir, que les éléments sur lesquels le disposant a opéré ne sont plus ceux qui existent au moment de son décès; que les termes de son acte n'ont pas d'application au présent, et que, dès lors, il est indispensable de substituer un nouveau partage à celui qu'il a fait en vue d'un autre ordre de personnes et de choses. Dans un partage, en effet, les parts sont subordonnées au nombre des parties prenantes. Si, au lieu de quatre copartageants qui existaient, alors que le père a fait la division de ses biens, il ne s'en trouve plus que trois

(1) Montpellier, 7 fév. 1850 (Devill., 50, 2, 561. *J. du Palais*. 1851, t. LVI, p. 454).

à son décès, il est clair que les parts ne répondent plus au nombre des personnes qui ont droit au partage, et que c'est comme si le père n'avait rien fait.

Dira-t-on qu'il pourra suffire de partager entre les survivants le lot de l'enfant décédé? Mais ce partage d'une portion, cette subdivision d'une division déjà faite peut avoir des inconvénients; elle peut amener des morcellements inutiles. Ne vaut-il pas mieux, dans l'intérêt de tous, refaire le partage à nouveau, d'autant que l'on n'est plus sous l'empire des faits que le père de famille avait entendu régler, et qu'on est conduit à des résultats hors de ses prévisions?

2320. Supposons, maintenant, que l'enfant prédécédé laisse des descendants. Ici, la solution ne sera plus la même, et le partage tiendra, parce que les descendants prenant, par droit de représentation, la place de leur père prédécédé, les choses ne sortiront pas des arrangements prévus et combinés par le père de famille.

A cette solution on oppose deux objections (1).

La première, que les dispositions testamentaires sont caduques par le prédécès du légataire (2). Mais on répond, et nous avons déjà répondu (3), qu'il s'agit moins ici d'une libéralité testamentaire que du règlement officieux d'une succession. Le père n'a fait, avant de mourir, que ce que des arbitres et des experts auraient fait après sa mort. Il n'a rien donné, à proprement parler; il a divisé seulement, entre les siens, ce que la nature et la loi leur attribuent après lui; et puisque la représentation a lieu dans le cas de succession *ab intestat*, on doit l'appliquer ici; car le père n'a

(1) Agen, 23 déc. 1847 (Devill., 48, 2, 1. *J. du Palais*, 1848, t. L, p. 290). Bordeaux, 2 mars 1832 (Devill., 32, 2, 283. *J. du Palais*, t. XXIV, p. 814).

(2) Art. 1043 du C. Nap.

(3) *Supra*, n° 2300.

voulu que faire par avance ce qui serait arrivé plus tard ; si la succession se fût ouverte *ab intestat*. Il y a, à cet égard, plus d'analogie entre le partage et la succession *ab intestat* qu'entre le partage et le legs.

2521. La seconde objection est tirée du texte de notre article. En s'attachant aux mots, on dit : le partage doit être fait entre tous les enfants existant au moment du décès, ou leurs descendants. Il suit de là que si l'un des enfants est prédécédé, il doit être représenté au partage par ses descendants. Or, dans le cas particulier, les descendants ont été prétérits. Ils ne sont pas personnellement apportionnés ; ils ne sont même pas nommés ; tout a été fait sans eux. Ils ont donc le droit de demander un nouveau partage (1).

Cette argumentation nous paraît tirer avec effort de l'art. 1078 ce qu'il n'a nullement l'intention de dire. Il veut porter remède à une omission, à une prétérition faite par le père ; voilà son unique but. Comment pourrait-on le retourner contre un partage où le disposant, guidé par une égale affection, a songé à tous ses enfants et a rempli à leur égard tous ses devoirs de père ? Est-il bien sérieux de dire que les descendants de l'enfant prédécédé sont prétérits ? Quoi ! ils seraient prétérits dans un partage où leur père, qu'ils réprésentent, a une juste légitime ! ! ! Ils seraient prétérits, quand ils retirent le lot entier attribué à leur père ! ! !

Je ne comprends donc pas l'insistance des petits-enfants pour avoir un nouveau partage. Ils méprisent sans utilité la magistrature de leur grand-père ; ils exposent la succession à des frais frustratoires.

Encore, si en attaquant le partage, ils faisaient tomber les avantages préciputaires que l'auteur commun a pu faire aux survivants ! ! Mais il a été jugé par les arrêts qui ont consacré

(1) Agen. *loc. cit.*

la nullité du partage (1), que cette nullité n'entraîne pas l'anéantissement des avantages légalement faits et contenus dans l'acte testamentaire d'apportionnement. N'est-ce donc pas rechercher un nouveau partage, pour le vain plaisir d'appauvrir l'hoirie en dépenses inutiles?

2322. Il est un autre cas qui ne pouvait échapper à la prévoyance de notre article. C'est celui où le partage est suivi d'une survenance d'enfants. Il résulte de la disposition de l'art. 1078 que leur prétérition, quoique involontaire, donne lieu à un nouveau partage.

Supposons en effet que le père ait fait une distribution testamentaire de ses biens, et que sa veuve accouche d'un posthume. Comme l'enfant conçu est censé né pour tout ce qui concerne son intérêt, il s'ensuit qu'étant conçu au moment du décès du père, l'enfant sera sur la même ligne qu'un enfant né qui aurait été prétérit. Il faudra donc recourir à un partage nouveau.

Il en sera de même si le partage est fait par voie de donation.

L'enfant né après l'ensaisinement des ses frères, ne pourra être victime de la tardiveté de sa naissance. Il lui faut sa part, et c'est par un nouveau partage qu'elle lui sera assurée.

2323. Remarquons ici une différence entre le cas réglé par notre article et le cas réglé par l'art. 960 du Code Napoléon.

D'après l'art. 960, la survenance d'enfants fait évanouir de plein droit la donation, laquelle reçoit un effet immédiat de cette survenance. L'étranger donataire est sur-le-champ dépouillé au profit de l'enfant, qui par sa naissance vient de changer les conditions primitives du contrat. Il en est autre-

(1) *Supra*, n° 2320. *Infra*, n° 2328.

ment dans le système de l'art. 1078, où ce sont des enfants qui sont en présence des enfants. Le partage continue à subsister : il n'est pas atteint à l'instant même par la survenance; ce n'est qu'au décès du père, ainsi que nous le disions ci-dessus (1), qu'il demeure frappé de nullité s'il n'est pas fait entre tous les enfants existant à ce moment, en sorte que son sort demeure en suspens jusqu'au décès. Il résulte de là que si, à ce moment, l'enfant né depuis le partage n'existe plus, le partage subsiste et produit ses effets comme si l'enfant n'était pas survenu. Ainsi, c'est là une nullité relative et non absolue, une nullité éventuelle et non une nullité actuelle (2).

2324. On demande si l'omission d'un enfant naturel est une cause de nullité du partage. Je pense, avec M. Duranton (3), que l'enfant naturel doit respecter le partage, sauf à réclamer la part qui lui revient. Il y aurait trop d'inconvénients pour les mœurs dans un mélange de la filiation légitime et de la filiation illégitime; les enfants naturels, d'ailleurs, ne sont pas héritiers (4).

2325. L'action en nullité pour omission se prescrit par trente ans, à partir du décès du disposant. C'est une action en partage dirigée contre des cosuccessibles dont on veut obtenir sa portion héréditaire (5).

ARTICLE 1079.

Le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart : il pourra

(1) *Supra*, n° 2317.

(2) Douai, 30 déc. 1843 (Devill., 44, 2, 389).

(3) T. IX, n° 635.

(4) Art. 756 du C. Nap., *Contra*, les éditeurs de Zachariæ, note 5, p. 479.

(5) M. Zachariæ, t. V, p. 480, note 9. M. Duranton, t. IX, n° 643.

l'être aussi dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet.

SOMMAIRE.

2326. Le père peut joindre au partage la constitution d'avantages préciputaires dans les limites du disponible.

2327. De la rescision pour excès de la quotité disponible dans le don préciputaire. — De la rescision pour lésion de plus du quart dans le partage. — De la rescision lorsque le même enfant a reçu, et la portion disponible par préciput, et, dans le partage, un lot plus fort que les autres.

2328. Du cas où il faut prouver une lésion de plus du quart.

2329. Comment se calcule la lésion de plus du quart.

2330. La nullité du partage entraîne-t-elle la nullité du don fait par préciput dans le même acte?

2331. Prescription de l'action en rescision pour lésion de plus du quart. — Elle court du décès du père. — Controverse dans le cas de partage par acte entre-vifs.

2332. Prescription de l'action pour excès de la quotité disponible. — Elle court du décès de l'ascendant.

2333. Cette dernière action est aussi une action en rescision du partage. — Elle se prescrit par dix ans.

2334. De l'action en nullité pour composition vicieuse des lots. — Elle dure dix ans et s'ouvre au décès du donateur. — Arrêt.

2335. Dans le cas de partage testamentaire, l'action en nullité dure trente ans. — L'acceptation par l'enfant de son lot élève contre lui une fin de non-recevoir.

2336. Dans le cas de partage par acte entre-vifs, la réception du lotissement n'est pas une fin de non-recevoir contre l'enfant lésé.

2337. Le défendeur à l'action en rescision pour lésion ou pour excès du disponible l'arrête en parfaisant le déficit.

2338. Quand le père a fait plusieurs partages successifs, la lésion s'apprécie par la combinaison de tous les lots et sur la masse des biens.

COMMENTAIRE.

2326. La loi veut que les partages qu'elle autorise soient faits dans un esprit d'égalité. Elle désire qu'ils imitent autant que possible la succession *ab intestat*, où elle a fait prévaloir le principe d'égalité entre enfants, qui est dans la nature. « *Pater*, disait un ancien brocard, *pater non debet sua inæqualitate, ex pluribus filiis, unum facere legitimum, et alium bastardum*. « Car, dit Mantica (1), » *lex plurimum amat æqualitatem inter filios, et naturali æquitati repugnat illa dispositio per quam disparitas inter liberos inducitur*. »

Cependant le père peut avoir des raisons graves pour faire fléchir cette égalité naturelle. Si l'affection la recommande au cœur paternel, la justice lui impose quelquefois le devoir sévère de s'en écarter, et le droit de récompenser et de punir est aussi un des attributs de la magistrature domestique. Le Code permet donc au père de combiner son partage avec la constitution d'avantages préciputaires renfermés dans les limites de la portion disponible.

2327. De tout ceci, il sort deux conséquences : la première, que, si le père excède les bornes assignées à la partie disponible, son partage peut être attaqué pour cause de lésion.

La seconde, que, lorsque le partage constitué sur la base apparente de l'égalité, renferme cependant des erreurs d'où résulte une lésion énorme, c'est-à-dire de plus du quart, l'enfant lésé a une action en rescision conformément à ce qui a été établi par l'article 887 du Code Napoléon pour les partages de succession *ab intestat*.

De ces deux actions, l'une empêche les excès dans l'inégalité permise par la loi, et voulue par le père; l'autre ra-

(1) *De conject. ult. volunt.*, l. 6, t. II, n° 5.

mène à l'égalité pratique dans un système d'égalité dont le père n'a pas déclaré vouloir s'écarter. Celle-ci corrige les erreurs de l'arbitrage paternel; celle-là adoucit les trop grandes rigueurs du magistrat domestique.

Si cependant le père avait arrangé les choses de manière à donner à un même enfant la portion disponible, plus une part d'enfant supérieure, quoique n'excédant pas le quart, il ne faudrait pas hésiter à voir dans cette combinaison un moyen de dépasser la portion disponible, et le partage serait vicié par une lésion *re ipsa*. C'est en vain que l'enfant dirait qu'on ne peut pas se plaindre, puisque d'un côté le père n'a fait que donner la portion disponible, ce qu'il pouvait faire légalement, et que de l'autre il a fait un lot qui, bien qu'inégal par un certain excès, ne cause cependant pas, à lui seul, aux autres enfants, une lésion de plus du quart. Il faut répondre que si du cumul du don par préciput et de l'excédant de la part d'enfant, il résulte un excès de la portion disponible, le partage peut être attaqué. Autrement, un père pourrait favoriser un de ses enfants de deux manières: 1° en donnant la quotité disponible; 2° en faisant un partage inégal avec la précaution de ne pas excéder le quart (1).

2328. Quand l'action en lésion est fondée sur un excès de la portion disponible, il n'est pas nécessaire que les enfants qui l'intentent articulent et prouvent qu'ils ont été lésés de plus du quart. Il suffit que, dans une mesure quelconque, un des enfants copartagés ait reçu un avantage plus grand que la loi ne le permet. La nécessité de prouver une lésion de plus du quart n'existe que lorsque le père n'a pas fait de dons par préciput, et que néanmoins il a composé en

(1) M. Jaubert, rapport au Tribunat (Fenet, t. XII, p. 617. Locré, t. XI, p. 481).

réalité des lots inégaux, tout en recherchant l'égalité entre ses enfants. La loi n'a pas voulu sans doute une égalité minutieuse; elle ne tient pas compte des erreurs légères, comme il s'en peut glisser dans tous les partages. Elle exige un dommage assez considérable pour faire supposer que le père a voulu frustrer un ou plusieurs de ses enfants; et elle ne voit cette fraude, et par suite une véritable lésion, que lorsque cette lésion est de plus du quart. Il fallait une borne raisonnable et fixe, afin que les partages *inter liberos* fussent garantis, autant que les autres espèces de partages, de recherches vétilleuses et inquiétantes pour la stabilité de la propriété.

2329. Notez, à ce propos, que la lésion de plus du quart ne saurait résulter de cela seul que le père aurait fait un avantage par préciput à un autre enfant. La privation de la quotité disponible n'entre pas dans les éléments du dommage souffert par l'enfant lésé. Car, en donnant à la portion disponible la destination qui lui a plu, le père n'a fait qu'user de son droit.

2330. Le don en préciput peut être contenu dans l'acte de partage. L'acte de partage est alors mélangé d'une libéralité véritable et caractérisée.

Que si l'acte de partage vient à être déclaré nul, le don en préciput sera-t-il également nul ? Et d'abord, il est certain qu'il ne le sera pas, si le partage est déclaré nul par suite de la prétérition d'un des enfants (1). La nullité du partage qui est en quelque sorte un acte *ab intestat*, ne peut nuire au don entre-vifs ou testamentaire. Ce sont deux choses différentes contenues à la vérité dans le même acte ; mais la nullité de l'une ne fait pas préjudice à l'autre (2).

(1) M. Toullier, t. V, nº 812. M. Zachariæ, t. V, p. 472. M. Grenier, nº 400.

(2) Agen, 23 déc. 1847 (Devill., 48, 2, 1. *J. du Palais*, 1848, t. I.

Nous en dirons autant alors que le partage est annulé pour excès de la portion disponible. L'excès est une cause de réduction du don ; il n'en entraîne pas la nullité. Le partage seul est vicieux, et il faut en faire un second, en prenant pour base les chiffres auxquels on arrive par la réduction.

Mais si les avantages résultaient non d'une attribution expresse par préciput, mais de la composition inexacte et exagérée d'un lot, il est évident que cet avantage dissimulé n'ayant pour lui ni un titre distinct, ni une disposition positive, suivrait le sort du partage dont il résulte implicitement (1).

2331. La prescription de l'action en rescision pour lésion de plus du quart, a été un grand sujet de débat dans la jurisprudence. Ce n'est pas, cependant, dans le cas de partage testamentaire que la difficulté s'est produite. On convient assez généralement que l'action dure trente ans, à partir du décès du testateur (2). Pourtant si le demandeur s'était mis en possession de son lot avec connaissance de cause et sans protestation ni réserve, cette exécution du testament élèverait contre lui une fin de non-recevoir (3) ; on ne peut contester ce qu'on a accepté (4).

Mais lorsque le partage a été fait par donation entre-vifs, on s'est profondément divisé sur la question de savoir si l'action en rescision, limitée à dix ans par l'article 1304 du Code Napoléon, commence à courir du jour où les abandonnataires ont été mis en possession de leur lot, ou plutôt du jour du décès du disposant.

p. 290). Bordeaux, 2 mars 1832 (Devill., 32, 2, 283. *J. du Palais*, t. XXIV p. 814). *Supra*, n° 2321.

(1) M. Zachariæ, *loc. cit.*

(2) M. Zachariæ, t. V, p. 489 et note 18. *Contra*, M. Duranton, t. IX, n° 646.

(3) *Supra*, n° 1747.

(4) M. Zachariæ, t. V, p. 490. Caen, 27 mai 1843. Devill., 43, 2, 575.

Pour moi, j'ai une opinion bien arrêtée à cet égard, et je n'ai jamais pu partager le sentiment de mon excellent collègue et ami, M. Lasagni, dont les savants rapports avaient fait prévaloir, à la chambre des requêtes, le premier avis sur le second. Il est impossible d'admettre que les enfants seront tenus de troubler la vieillesse de leur père, pour faire redresser les inégalités de leur lotissement; la loi n'exige pas de luttes immorales dans la famille; elle ne veut pas que l'autorité paternelle soit prise corps à corps et accusée d'injustice. Il résulte, d'ailleurs, du rapprochement de l'article 1078 avec l'article 1079, que c'est seulement au décès du disposant que tous les procès doivent se vider. Et, en effet, si l'enfant, entièrement prétérit dans le partage fait par son père, est obligé de garder le silence pendant la vie de ce dernier (ainsi qu'il résulte de l'art. 1078), comment pourrait-on admettre que l'enfant, en faveur de qui il s'est dépouillé, devrait nécessairement agir pour lui reprocher de n'avoir pas été assez libéral envers lui? Au surplus, la jurisprudence est aujourd'hui fixée; la chambre des requêtes (1) a dû renoncer à un système qui a toujours échoué devant la chambre civile (2), et que les cours impériales n'avaient admis qu'avec peine (3). On juge, en général, que

(1) Voy. un arrêt, au rapport de M. Lasagni, du 12 juillet 1836 (Devill., 3, 1, 534), qui rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Limoges, qui avait déclaré que l'action en rescision pour lésion de plus du quart court du jour du partage.

(2) Cassat., 16 juillet 1849, qui casse un arrêt de Toulouse qui avait fait courir le délai du jour du contrat (Devill., 49, 1, 622). Voy. au numéro suivant, des arrêts analogues et qui complètent la jurisprudence. *Junge* Bordeaux, 4 janvier 1827 (Devill., 8, 2, 306. *J. du Palais*, t. XXI, p. 14). Caen, 15 juin 1835 (Devill., 38, 2, 521. *J. du Palais*, t. XXVII, p. 311). Nîmes, 17 mars 1841 (Devill., 41, 2, 335. *J. du Palais*, 1841, t. XXXVII, p. 52.

(3) Toulouse, 15 mai 1838 (Devill., 39, 2, 50). Grenoble, 30 juillet 1839 (Devill., 40, 2, 204). Grenoble, 6 mai 1842 (Devill., 42, 2, 433). Nîmes,

non-seulement l'action ne court que du décès du père, mais même qu'elle n'est pas recevable de son vivant (1).

2332. Ce que nous venons de dire de l'action en rescision proprement dite, pour lésion de plus du quart, s'applique à plus forte raison à l'autre action établie par notre article, et résultant d'un excès de la portion disponible. D'une part, cette seconde action est, en quelque sorte, une action en lésion d'après notre article lui-même. Sans doute elle est, par un certain côté, une action en réduction; mais elle participe aussi du caractère de l'action en lésion, puisque les copartagés sont lésés, dans leur droit à la réserve, par la disposition arbitraire du partage qui a entamé leur portion légitime. D'autre part, où en serait-on si l'action en réduction courait depuis le jour de la mise en possession? Il y aurait donc deux successions et deux réserves : une succession et une réserve fixées au moment du contrat; une autre succession et une autre réserve déterminées au décès du disposant?

2333. Nous disons que l'action en réduction prend la couleur de l'action en lésion, quand elle est dirigée contre un partage qui consacre des inégalités de nature à entamer

12 juillet 1842 (Devill., 42, 2, 465. J. *du Palais*, 1842, t. XXXIX, p. 562). Douai, 12 juillet 1846 (Devill., 46, 2, 243).

(1) Devill., 52, 1, 750. — Comme conséquence de cette solution, il a été décidé que c'est d'après leur valeur au jour du décès et non d'après leur valeur au jour du partage, que les biens distribués par un ascendant entre ses descendants, doivent être estimés pour apprécier s'il y a eu dans quelques-uns des lots inégalité et lésion de plus du quart. Req., 18 février 1851 (Dalloz, 51, 1, 294. J. *Palais*, 1851, t. 2, p. 592). Agen, 30 décembre 1856 et 21 juin 1858 (Dalloz, 58, 2, 197. J. *Palais*, 1857, p. 1032, et 1859, p. 920). V. aussi MM. Genty, p. 254 et suiv.; Marcadé, *Revue critique*, t. I, p. 180. — V. cependant Nîmes, 24 février 1849 (Dalloz, 50, 2, 132). Orléans, 27 décembre 1856 (Dalloz, 58, 2, 78). Guadeloupe, 3 mars 1858 (Dalloz, 59, 2, 30; Devill., 59, 2, 430; J. *Pal.*, 1859, p. 986).

les réserves. Cette vérité a été contestée (1). On a prétendu que les avantages excessifs ne peuvent donner lieu qu'à l'action autorisée par les art. 920 et suiv. du Code Napoléon, laquelle n'aboutit qu'à une simple réduction, et nullement à une action s'attaquant au partage en lui-même. Mais il suffit de lire notre article pour se convaincre que telle n'est pas la pensée de la loi. Notre article ne dit pas que c'est l'avantage seul qui sera réduit; il dit, au contraire, que c'est le partage qui sera attaqué. Le partage, opération complexe dans laquelle il y a un ensemble d'éléments qui se tiennent, se combinent et se pondèrent, n'est pas comme un acte isolé de donation. Si vous touchez à un de ces éléments, tous les autres en ressentent le contre-coup, et l'équilibre réglé par le disposant est dérangé. Le partage est donc atteint par la réduction de l'avantage excessif. Il est atteint comme par une lésion particulière à ce genre d'acte, et par suite il est nul (2), sauf ce que nous dirons *infra*, au n° 2337, sur le droit du défendeur de faire cesser l'action par des offres satisfactoires.

Ainsi, pour conclure, nous disons que l'action dont nous nous occupons ici court à partir du décès du donateur (3),

(1) Les annotateurs de M. Zachariæ, t. V, p. 491, n° 27.

(2) M. Genty, n° 50. M. Duranton, t. IX, n° 650. M. Delvincourt, t. II, p. 161, 162.

(3) Cassat. (chambre civile), rejet, 30 juin 1847 (après partage) (Devill., 47, 1, 481. *J. du Palais*, 1847, t. XLIX, p. 5). Cassat., 2 août 1848, qui casse un arrêt de la cour impériale (Devill., 49, 1, 258). Cassat., 16 juillet 1849, qui casse un arrêt de la cour de Toulouse (Devill., 49, 1, 622. *J. du Palais*, 1849, t. LIII, p. 607). Cassat., 31 janvier 1853, qui casse un arrêt de la cour de Lyon (Devill., 53, 1, 153). *Junge* Agen, 6 juillet 1824 (Devill., 7, 2, 399. *J. du Palais*, t. XVIII, p. 861). Montpellier, 25 mai 1842 (Devill., 42, 2, 523). Montpellier, 23 décembre 1846 (Devill., 47, 2, 174. *J. du Palais*, 1847, t. XLIX, p. 113). Lyon, 30 août 1848 (Devill., 49, 2, 7. *J. du Palais*, 1849, t. LII, p. 78). Agen, 12 juin 1849 (Devill., 50, 2, 41). Nîmes, 24 décembre 1849 (Devill., 50, 2, 308).

et que de plus elle est limitée à dix ans (1), parce qu'elle est autant une action en lésion ou en nullité du partage qu'une action en réduction.

2334. Aux actions en lésion dont s'occupe particulièrement notre article, il faut assimiler l'action en nullité résultant de la composition vicieuse des lots ; action qui est passée sous silence par notre article, mais qui est gouvernée, à raison de l'analogie, par les idées que nous venons d'exposer.

Supposons donc que le père de famille ait fait un partage entre-vifs, et qu'il ait donné tous ses immeubles à l'un de ses deux enfants et tous les meubles à l'autre. D'une part, cette action en nullité ne sera soumise qu'à la prescription de dix ans (art. 1304); de l'autre, ces dix ans ne courront qu'à partir du décès du donateur. Bien plus, l'enfant qui, du vivant du père disposant, se permettrait d'affliger ses vieux jours par une action injurieuse pour les combinaisons de sa prudence, devrait être déclaré non recevable dans cette action prématurée.

Ce dernier point, qui touche à ce qu'il y a de plus radical dans la question, a été consacré par un arrêt de la cour de

Agen, 28 mai 1850 (Devill., 51, 2, 177). Orléans, 27 décembre 1856, Bordeaux, 22 février 1858, Nîmes, 22 avril 1858(*J. Palais*, 1858, p. 205, 591, 594). Req., 6 mars 1855 (Dalloz, 55, 1, 101). Cassat., 19 décembre 1859 (*J. Palais*, 1860, p. 675 ; Devill., 60, 1, 423; Dalloz, 59, 1, 494). Lyon, 18 avril 1860 (Devill., 60, 2, 406; *J. Palais*, 1861, p 375). *Contra*, arrêt de la chambre des requêtes du 4 février 1845 (Devill., 45, 1, 305. *J. du Palais*, 1845, t. XLV, p. 396), au rapport de M. Lasagni. *Junge* Bordeaux, 23 décembre 1845 (Devill., 46, 2, 242 ; *J. du Palais*, 1846, t. XLVI, p. 358). Agen, 17 novembre 1856, 16 février 1857, 1er juin 1858 (*J. Pal.*, 1857, p. 84 et 596 ; 1859, p. 716).

(1) Art. 1034 du C. Nap. Cassat., 4 février 1845 (Devill., 45, 1, 305). Req., 1er mai 1861 (Devill., 61, 1, 481). *Contra*, les annotateurs de M. Zachariæ, t. V, p. 495, n° 38, qui veulent que cette action dure trente ans.

Paris du 8 avril 1850, rendu sous ma présidence en audience solennelle.

En voici le texte :

« La cour, sur la fin de non-recevoir tirée de ce que l'ac-
» tion des époux Gladieux ne serait pas ouverte; considé-
» rant que l'action accordée aux enfants par l'art. 1079 du
» Code Napoléon, pour attaquer le partage qui leur a été
» fait sous forme de donation entre-vifs par leur ascendant,
» est subordonnée, quant à son exercice, à la mort de celui-
» ci; que, d'une part, le partage d'ascendant bien qu'irré-
» vocable à l'égard du donateur, peut cependant à son
» décès être sujet à un nouveau règlement, suivant cer-
» taines éventualités; que, d'un autre côté, les enfants
» investis d'un lotissement qui leur est fait par leur au-
» teur, « *nullo jure cogente,* » seraient placés dans une
» situation fausse et presque voisine de l'ingratitude, s'ils
» se trouvaient obligés d'en critiquer l'importance contre
» le bienfaiteur lui-même ou à son vu et su; que de ces
» raisons il résulte qu'il a été évidemment dans la pensée
» du législateur de laisser sommeiller les actions en justice
» contre l'acte de la volonté de l'ascendant, pendant tout le
» temps de sa vie; que cette pensée est morale, qu'elle pré-
» serve l'autorité paternelle de graves atteintes, qu'elle
» concilie seule le respect des enfants pour le père de fa-
» mille avec le soin de leurs droits; qu'elle résulte, du reste,
» implicitement de la combinaison des art. 1078 et 1079
» du Code Napoléon; — Met l'appellation et ce dont est
» appel au néant (1). »

Les intéressés s'étant pourvus en cassation, leur pourvoi a été rejeté par arrêt de la chambre civile du 14 juillet 1852 (2).

(1) Devill., 50, 2, 305. *J. du Palais*, 1850, t. LIV, p. 267.
(2) Devill., 52, 1, 750.

2335. Si le partage a été fait par acte testamentaire, l'action en nullité dure trente ans, à partir du décès du testateur (1). Il est clair qu'on ne peut appliquer ici l'art. 1304, qui ne concerne que les contrats. Mais la réception de l'apportionnement par le demandeur en nullité pourrait élever contre lui une fin de non-recevoir, si elle avait été la conséquence d'une acceptation volontaire, faite en connaissance de cause (2). Quand l'acceptation a eu lieu après la mort du père, on ne saurait dire, comme nous le disions au n° 2305, que l'enfant a obéi à un sentiment de crainte révérentielle.

2336. C'est pourquoi, lorsque le partage a eu lieu par donation et qu'il est attaqué par l'action en lésion ou en réduction, on ne saurait puiser dans l'art. 918 du Code Napoléon et dans le fait de réception du lotissement, une fin de non-recevoir analogue à celle que nous opposons au partage par testament. L'art. 918, fait pour des cas particuliers où l'intervention de l'enfant consentant est toute volontaire et spontanée, ne peut être étendu aux partages anticipés de succession où sa présence est forcée et où son silence et son acceptation ont pu être déterminés par une crainte révérentielle. Sans quoi, ce serait à peu près en vain que l'art. 1079 aurait établi l'action en lésion dans les partages d'ascendant (3).

(1) Devill., 52, 1, 570.

(2) *Supra*, n° 2331.

(3) Toulouse, 5 décembre 1844 (Devill., 45, 2, 247, 248. *J. du Palais*, 1845, t. XLIV, p. 307). — La jurisprudence décide aussi que la ratification, même sous forme de transaction, dont le partage d'ascendant aurait été l'objet du vivant de l'ascendant donateur n'élève aucune fin de non-recevoir contre l'action en nullité ou en rescision de ce partage intentée après le décès de l'ascendant. Caen, 15 juin 1835; Cour de cass., 5 janvier 1846 (*J. Pal.*, 1846, t. I, p. 512); Bastia, 10 avril 1854 (*J. Pal.*, 1855, t. I, p. 94); Orléans, 27 déc. 1856 (*J. Pal.*, 1858, p. 205); Cass., 6 fév. 1860 (*J. Pal.*, 1860, n. 677; Dalloz, 60, 1, 89).

2337. Le défendeur à l'action en lésion peut en arrêter le cours, en offrant, soit en immeubles, soit en argent, suivant le cas, le déficit constaté (1).

Il le peut alors même que l'action est fondée sur un avantage excessif (2). C'est là un autre cas de rescision, et la rescision, mesure perturbatrice et extrême, peut être prévenue par une offre valable d'indemnité, soit en numéraire, soit en nature. (Art. 891, C. N.)

Que si le défendeur à l'action ne faisait pas d'offres suffisantes; si, par exemple, il voulait ne donner que de l'argent, quand il faudrait une indemnité en immeubles pour satisfaire les autres copartageants, alors le tribunal pourrait déclarer le partage vicieux et nul (3).

2338. Quand le père de famille a fait, entre ses enfants, plusieurs partages successifs, on ne peut apprécier la lésion faite à l'un d'eux qu'en comparant tous ces actes et en se référant au chiffre total de la masse héréditaire. Supposons un premier partage fait le 11 janvier 1848, un second le 30 novembre 1851, un troisième le 14 décembre 1854; un des enfants se plaint d'avoir été lésé de plus du quart dans le premier partage, et il l'attaque pour le faire rescinder. Evidemment on ne pourra prendre parti sur la rescision qu'en recherchant si l'enfant qui se plaint n'a pas trouvé une compensation dans les deux partages ultérieurs; car si

(1) M. Grenier, no 401. Art. 891 du C. Nap. Grenoble, 25 nov. 1814 (Devill., 7, 2, 447). Cassat., req., 24 juillet 1828 (Devill. 9, 1, 142. *J. du Palais*, t. XXII, p. 119). Toulouse, 11 juin 1836 (Devill., 36, 2, 556. *J. du Palais*, 1837, t. XXV, p. 1424).

(2) Riom, 25 avril 1818 (Devill., 5, 2, 378. *J. du Palais*, t. XIV, p. 774) Lyon, 22 juin 1825 (Devill., 8, 2, 98. *J. du Palais*, t. XIX, p. 621). Cassat., req., 6 juillet 1834 (Devill., 35, 1, 58). Cassat., req., 30 juin 1852 (Devill., 52, 1, 735). M. Duranton, t. IX, 651, 652. M. Vazeille sur l'art. 1079, nº 6. *Contra*, M. Genty, nº 54, p. 324, et l'annotateur de M. Grenier, t. III, p. 222, nº 319.

(3) Toulouse, 21 août 1833 (Devill., 34, 3, 123).

ces deux partages l'avaient indemnisé, son action serait sans intérêt et sans cause; il aurait trouvé dans l'ensemble ce qu'il aurait perdu dans un détail. L'ensemble doit être pris en considération (1).

L'espèce suivante, jugée par la cour de cassation, fera toucher au doigt notre pensée.

Plusieurs partages partiels avaient été faits entre des cohéritiers, et la dame Bourgeois, qui y avait été partie, n'en attaquait qu'un seul, du 28 mai 1826; ce qu'il faut surtout remarquer, c'est que dans son action, elle n'articulait qu'une lésion restreinte à cette distribution partielle, « se refusant, » dit l'arrêt de Rouen saisi de la question (2), de prendre » pour éléments tous les immeubles de l'indivis général et » originaire, ainsi que ce qui lui en était advenu à diffé- » rents temps par des partages fractionnels, et ne concluant » pas même secondairement à la vérification d'une lésion » assise sur ces bases. » On voit qu'il y avait là une prétention abusive et déraisonnable. La dame Bourgeois s'opposait à ce qu'on lui fît compte des attributions d'où pouvait résulter une compensation à son profit. Elle entendait isoler le partage de 1826 et exciper du préjudice qu'elle y éprouvait, sans le balancer par les avantages qu'avaient pu lui faire les autres partages. Posée en ces termes, la question n'était pas douteuse, et le pourvoi contre l'arrêt de la cour de Rouen fut rejeté par arrêt de la chambre des requêtes du 27 avril 1841 (3); le rejet est fondé sur ce que l'offre de prouver la lésion n'était faite que « restrictivement, et abstraction » faite des autres partages fractionnaires. »

(1) Arrêt de cassat. (chambre civ.) du 18 décembre 1854, rendu sous ma présidence, au rapport de M. Lavielle, et portant cassation d'un arrêt de la cour d'Orléans : (Dalloz, 55, 1, 55; Devill., 55, 1, 572).

(2) 4 décembre 1838 (Devill., 39, 2, 191, 192).

(3) Devill., 41, 1, 389.

Mais, à notre avis, il en aurait été différemment, si la dame Bourgeois, au lieu de ce refus obstiné, eût consenti à combiner le partage de 1826 avec la masse des biens, se bornant à soutenir que, par les autres attributions dont elle avait été saisie, elle n'avait reçu que son dû, sans aucun avantage qui pût faire compensation ; qu'ainsi elle n'avait pas d'intérêt à attaquer des actes qui ne la blessaient pas, et qu'elle concentrait ses critiques sur le partage de 1826, qui, seul, lui faisait grief.

Supposons donc qu'il soit constant que la lésion, dont se plaint l'enfant dans un premier partage, n'a pas été réparée dans les partages ultérieurs. Par exemple, après le partage du 11 janvier 1848, qui divisait entre les enfants les bois du père commun, et où l'un d'eux prétend qu'il lui a été fait grief, le père a fait un second partage de ses capitaux, qu'il a divisés par égales portions, et un troisième qui porte sur ses meubles meublants et qui comprend des lots évidemment égaux. En pareil cas, nul n'aura la pensée de soutenir que l'enfant lésé par le partage seul de 1848, est non recevable dans son action contre cet acte, parce qu'il ne demande pas en même temps la rescision des deux autres partages. Il ne la demande pas, parce qu'il n'a pas d'intérêt à la demander, parce que ces partages ne lui font aucun préjudice, et qu'ils n'ont été que justes envers lui. Ce n'est pas qu'il se refuse à opérer le calcul de la lésion sur la masse des biens, il entend bien qu'on ne peut prouver la lésion d'un partage fractionnaire, sans recourir aux autres et sans les comparer entre eux; mais il prétend qu'il n'y a pas, en fait, de compensation, et que le tort de 1848 n'a pas été réparé par les autres actes. C'est à ses adversaires qui prétendent le contraire à le lui prouver.

ARTICLE 1080.

L'enfant qui, pour une des causes exprimées en l'article précédent, attaquera le partage fait par l'ascendant, devra faire l'avance des frais de l'estimation ; et il les supportera en définitive, ainsi que les dépens de la contestation, si la réclamation n'est pas fondée.

SOMMAIRE.

2339. Motifs de la disposition. — Elle n'est pas applicable à une demande fondée sur une cause autre que la lésion.

COMMENTAIRE.

2339. Cet article est une précaution contre les demandes en rescision que la mauvaise humeur ou la jalousie pourraient suggérer à un enfant. Le demandeur en lésion devra faire l'avance des frais d'estimation, sauf à en être remboursé s'il gagne son procès.

Que si l'événement tourne contre sa prétention, il supportera cette depense et tous les frais de la contestation.

Mais remarquez que l'art. 1080 ne s'applique pas au cas où la demande est fondée sur une cause étrangère à la lésion. Supposons qu'un des enfants attaque le partage parce que son consentement aurait été surpris par dol, fraude ou violence, on ne saurait exiger de lui qu'il fasse l'avance des frais de la procédure. Ce sont là des causes de rescision qui se distinguent de celle de la lésion (1). Or, l'art. 1080 déclare

(1) Art. 887 du C. Nap.

expressément qu'il n'est édicté que pour le cas où l'enfant attaque le partage pour l'une des causes énoncées en l'article précédent, à savoir, lésion de plus du quart et excès dans l'usage de la portion disponible (1).

(1) Arrêt inédit de la cour d'Orléans, du 15 janvier 1853 (Firmin Carré contre ses frères).

CHAPITRE VIII.

DES DONATIONS FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE AUX ÉPOUX ET AUX ENFANTS A NAITRE DU MARIAGE.

SOMMAIRE.

2340. Objet de ce chapitre. — Différence entre les donations anténuptiales dont il s'occupe et les donations *propter nuptias*.— Division.

COMMENTAIRE.

2340. La faveur du mariage a toujours fait admettre des dispositions spéciales à l'égard des donations dont l'objet est d'encourager des alliances qui font le soutien de l'État (1). Ces donations ont donc un caractère exceptionnel. C'est pourquoi le Code Napoléon en fait la matière d'un chapitre particulier.

Mais, avant d'entrer dans l'exposé des priviléges que la loi leur accorde, nous ferons remarquer que les donations aux époux et aux enfants à naître du mariage, dont nous avons à nous occuper ici, n'ont rien de commun avec la donation *propter nuptias* du droit romain : « *Multum distat donatio propter nuptias*, dit Cujas (2), *a donatione quæ moribus nostris fit respectu matrimonii.... Donatio favore matrimonii est, quæ alterutri conjugum fit a parente vel extraneo conjugii, non conjugis nomine. Donationes ergo propter nuptias hodie sunt penitus ex usu sublatæ.* » La donation *propter*

(1) Furgole, sur l'art. 10 de l'Ord. 1731.
(2) *Observat.*, liv. V, c. 4.

nuptias, espèce de contre-dot (1), était une libéralité anténuptiale, que le mari seul pouvait faire à la femme, et que celle-ci gagnait par le prédécès du mari; elle tomba d'ailleurs en désuétude chez les nations modernes (2), qui ne conservèrent que l'usage des cadeaux de noces, des *sponsalitia*, etc., etc.

Mais les donations anténuptiales prévues par le chapitre 8 sont celles que des tiers font aux époux ou à l'un d'eux dans le contrat de mariage, pour favoriser leur établissement. Ces donations sont très-favorables; elles sont investies de nombreux priviléges. Elles se distinguent profondément de celles que des tiers peuvent faire aux époux pendant leur mariage. Car celles-ci tombent sous l'empire du droit commun, tandis que les autres s'en séparent par de considérables exceptions.

Ajoutons que notre chapitre est également étranger aux effets que le régime matrimonial adopté par les époux imprime aux choses données; c'est l'objet du titre du *contrat de mariage*.

Quant aux donations entre mari et femme, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, elles sont traitées dans le chap. 9, où nous continuerons à trouver de remarquables anomalies introduites par la considération du mariage. Revenons aux donations anténuptiales faites par des tiers; elles se divisent en quatre classes : 1° les donations de biens présents; 2° les donations de succession ou institutions contractuelles; 3° les donations de biens présents et à venir; 4° les donations de biens présents avec des conditions potestatives qui permettent au donateur de donner et de retenir. Ce sera la matière des articles suivants, dont le commentaire a un sérieux intérêt.

(1) Mon *Commentaire du contrat de mariage*, préface, p. 79.
(2) Id., p. 91.

Article 1081.

Toute donation entre-vifs de biens présents, quoique faite par contrat de mariage aux époux, ou à l'un d'eux, sera soumise aux règles générales prescrites pour les donations faites à ce titre. Elle ne pourra avoir lieu au profit des enfants à naître, si ce n'est dans les cas énoncés au chapitre 6 du présent titre.

SOMMAIRE.

2341. Des donations de biens présents. — Elles sont régies par les règles des donations ordinaires. — Elles ne peuvent se faire au profit des enfants à naître.

2342. Il y a toutefois quelques exceptions au droit commun pour ces donations. — Notamment elles ne sont pas sujettes à la règle « donner et retenir ne vaut ». — Elles obligent le donateur à garantie.

COMMENTAIRE.

2341. Notre article ouvre le chapitre 8 par ce qui est relatif aux donations nuptiales de biens présents. Sa pensée se porte d'abord sur les donations de biens présents qui sont conçues dans les termes du droit commun et qui ne cherchent pas à se rapprocher par des clauses exceptionnelles des donations testamentaires. Ces donations de biens présents, qui saisissent immédiatement le donataire et font la dot du mariage, sont très-utiles aux époux; elles leur procurent sur-le-champ des avantages qui leur permettent de supporter les charges du ménage. Le Code veut qu'elles soient soumises aux règles générales portées pour les donations entre-vifs ordinaires; elles sont par conséquent sujettes

à la transcription, conformément à l'art. 939 (1), et si elles comprennent des effets mobiliers, elles doivent être accompagnées de l'état détaillé prescrit par l'art. 948 (2). Notre article exige même que l'on ne puisse donner les biens présents aux enfants à naître, si ce n'est par la substitution autorisée par les art. 1048 et suivants. En principe, les enfants à naître ne sont pas personnes capables. Il n'y a que ceux qui existent qui peuvent recevoir des libéralités : « *Esse enim debet cui detur* (3). »

On peut pourtant objecter que, lorsqu'un mariage se forme, l'espérance de la naissance des enfants est naturelle et « consonnante, comme dit Coquille, à honnête souhait, qui fait qu'elle est considérable (4). » C'est pourquoi l'ordonnance de 1731, art. 10, et plusieurs coutumes (5) autorisaient à donner aux enfants à naître par un contrat aussi rempli de priviléges que le contrat de mariage. On supposait que les époux étaient personnes capables, pour stipuler en faveur des enfants à naître de leur union, et pour défendre, représenter et conserver leurs intérêts.

Mais le Code Napoléon s'est montré moins facile. Il n'a pas voulu dévier ici de la règle posée par l'art. 906 (6). Ainsi, par exemple, Primus ne pourrait donner ses biens présents au premier enfant qui naîtra du mariage de Secundus avec sa nièce, comme on pouvait le faire autrefois (7). On peut se demander, en effet, s'il y a une grande utilité

(1) Cassat., ch. civ., 2 avril 1821. (Devill., 6, 1, 409.) Cass., ch. civ., 23 juillet 1822. (Devill. 7, 1, 111.) *Supra*, n° 1168.

(2) *Supra*, n° 1250. *Infra*, n° 2445.

(3) L. 14. D. *De jure codicill.*

(4) Sur Nivernais, ch. 27, *Donat.*, art. 12.

(5) Furgole, sur l'art. 10 de l'ord. de 1731. Berry, t. VII, art. 6, Nivernais, ch. 27, art. 12.

(6) *Supra*, n°s 607 et suiv.

(7) Brodeau sur Louet, lettre D, som. 51.

dans une disposition si singulière qui préfère un être futur et inconnu aux époux présents et connus. Si, après tout, le donateur craint la mauvaise gestion des époux, n'a-t-il pas la ressource de la substitution officieuse, que notre article lui réserve et par laquelle les enfants à naître sont appelés (1)?

Pourtant les enfants à naître du mariage peuvent être gratifiés, quand la donation porte sur les biens à venir, ainsi que nous le verrons par l'art. 1082.

2342. Malgré l'assujettissement des donations anténuptiales de biens présents aux règles générales des donations, il y a cependant des exceptions qu'il est bon de signaler dès à présent, et qui ont été admises par la nécessité de favoriser l'union conjugale (2).

1° Elles n'ont pas besoin d'être acceptées solennellement (3).

2° Elles ne sont pas résolues pour ingratitude (4).

3° Elles sont caduques si le mariage ne suit pas (5).

4° Il y a plus, et nous verrons par l'art. 1086 que la donation de biens présents peut sortir du caractère que lui assigne le droit commun et sous lequel notre article l'envisage. Elle peut être faite sous des conditions dépendantes de la volonté du donateur (6). Alors la donation de biens présents, ainsi altérée, forme une classe de libéralités propres au contrat de mariage et régies par l'art. 1086. La règle « *donner et retenir ne vaut* » n'y a pas lieu dans toute son étendue (7), et le disposant agit autant en testateur qui veut

(1) *Supra*, n°s 2211, 2221, 2224.
(2) *Supra*, n° 1227, 1228, art. 947 C. N.
(3) *Infra*, n° 2469, art. 1087.
(4) *Supra*, n° 1348, art. 959.
(5) *Infra* (art. 1088), n° 2471.
(6) *Supra* (art. 947), n° 1227.
(7) *Supra* (art. 944), n°s 1206 et suiv.

réserver une part à sa volonté ambulatoire, qu'en donateur (1). Ainsi, le donateur peut aller jusqu'à se réserver la faculté de disposer de tout ou partie de la chose donnée. Qu'y a-t-il de plus contraire à la maxime, *donner et retenir ne vaut?* Mais les contrats de mariage sont susceptibles de toutes les clauses et conditions qui ne sont pas contraires aux bonnes mœurs, et le caractère testamentaire et révocable peut s'y mêler aux règles les plus sèvères de la donation (2).

De même, le donateur peut ne donner que sous la condition imposée au donataire de payer toutes les dettes ou charges de sa succession, et celui-ci est tenu d'accomplir cette obligation (3).

5° Enfin la donation de biens présents faite par contrat de mariage, se rapproche à certains égards des contrats à titre onéreux. Elle donne lieu à la garantie, d'après l'art. 1440 du C. N. (4).

Et ce n'est pas seulement la donation faite à la future épouse, à titre de dot, qui engendre cette garantie de la part du donateur; c'est encore celle qui est faite par un tiers au futur époux en considération de son mariage. Cette donation est aussi une dot en prenant ce mot *lato sensu;* elle a pour destination d'aider les futurs époux à supporter les charges du mariage. Elle n'intéresse pas seulement l'époux donataire; elle intéresse aussi son conjoint. Elle est un titre onéreux et doit produire l'effet de la garantie (5).

Du reste, la garantie ne pèse pas moins sur les donateurs étrangers que sur les père et mère. Nous avons expliqué ce

(1) *Supra*, nos 1227, 1228. *Infra*, sur l'art. 1086, n° 2446.
(2) *Supra* (art. 946), nos 1222 et suiv.
(3) Art. 1086, *infra*, n° 2418.
(4) Mon *Commentaire du contrat de mariage*, t. I, n° 1246.
(5) Rouen, 3 juillet 1828 (Devill., 9, 2, 110).

point dans notre *Commentaire du contrat de mariage* (1).

Article 1082.

Les pères et mères, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les étrangers, pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire.

Pareille donation, quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera toujours, dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage.

Article 1083.

La donation, dans la forme portée au précédent article, sera irrévocable, en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement.

SOMMAIRE.

2343. De l'institution contractuelle. — De son origine. — En droit romain il était défendu d'instituer un héritier par contrat.

2344. Critique des motifs qui faisaient repousser toute disposition par contrat de sa succession.

(1) *Loc. cit.*

2345. Il a été dérogé, sous ce rapport, par le droit moderne au droit romain, pour les contrats de mariage.

2346. Historique de cette dérogation. — Renvoi.

2347. Conciliation de l'irrévocabilité du don avec la faculté de disposer de ses biens que conserve l'auteur de l'institution.

2348. L'institution contractuelle est un genre de disposition mixte entre la donation et le testament.

2349. Celui qui a fait une institution contractuelle a le droit d'aliéner à titre onéreux ses biens.

2350. Mais il ne peut en disposer gratuitement, sauf de légères exceptions.

2351. De la réserve par l'instituant du droit de disposer d'une chose comprise dans l'institution. — A qui revient cette chose, si l'instituant n'en dispose pas?

2352. L'instituant a-t-il la faculté de substituer une chose à la chose spécifiée dans la réserve?

2353. L'instituant a-t-il le droit de renoncer à une prescription acquise?

2354. L'héritier institué doit respecter les actes à titre onéreux faits par l'instituant sans fraude, même une aliénation à fonds perdu.

2355. L'héritier institué peut-il aliéner son droit avant la mort de l'instituant ? — Peut-il y renoncer?— Non, même par contrat de mariage.

2356. L'institué peut répudier la succession de l'instituant après le décès de celui-ci. — Cette répudiation profite aux autres légataires.

2357. De la caducité de l'institution par le prédécès de l'institué. — De la substitution vulgaire au profit des enfants de l'institué.

2358. Y a-t-il une institution contractuelle dans la disposition par laquelle un père, en mariant son fils, le déclare fils aîné et principal héritier? *Quid* dans la promesse de réserver sa succession? *Quid*, dans la promesse d'égalité?

2359. Espèces particulières où l'on se demande s'il y a institution contractuelle.

2360. L'institution contractuelle n'est valable que si elle est faite au profit du futur époux et par le contrat de mariage lui-même.

2361. De la clause d'association. — Ancien droit. — Sous le Code Nap. controverse. — Elle n'est pas valable.

2362. A qui profite la nullité de la clause d'association? A l'institué, ou aux héritiers *ab instestat*? — Il faut rechercher la volonté du donateur.

2363. L'accroissement a lieu en matière d'institution contractuelle.

2364. L'institution contractuelle est universelle, à titre universel, ou à titre particulier.

2365. L'institué est tenu des dettes dans les mêmes cas et de la même manière qu'un légataire. Il est tenu des dettes même postérieures à son institution.

2366. L'institué est saisi en vertu de son contrat et n'a pas de délivrance à demander.

2367. L'institué ne peut pas diviser l'institution et s'en tenir aux biens présents du donateur.

2368. De la capacité nécessaire pour faire une institution contractuelle. — Du mineur.

2369. Le mineur fait une institution valable dans son contrat de mariage au profit de sa future épouse.

2370. Mais il ne peut instituer ses enfants à naître.

2371. De la femme mariée. — Elle peut, avec l'autorisation de son mari ou de justice, disposer par institution contractuelle même de ses immeubles dotaux.

2372. L'institution contractuelle n'est pas assujettie à la transcription.

2373. Elle n'est pas révocable pour ingratitude.

2374. Elle n'a pas besoin d'être acceptée expressément.

2375. Mais elle est révocable pour survenance d'enfant.

2376. De la promesse d'égalité. — De sa validité.

2377. Le père conserve-t-il, en ce cas, le droit de donner la quotité disponible à des tiers ? — Arrêt de Bordeaux pour l'affirmative.

2378. En thèse générale, le père qui a fait une promesse d'égalité, s'est interdit à plus forte raison de donner à des étrangers.

2379. Suite. — La promesse d'égalité confère une assurance dans la quotité disponible.

2380. Les enfants à qui la promesse d'égalité n'a pas été faite, peuvent être réduits à leur réserve.

2381. Le père qui a institué l'un de ses enfants avec promesse d'é-

galité a-t-il encore le droit de faire le partage de ses biens entre ses enfants?

COMMENTAIRE.

2343. Le genre de disposition dont parlent nos articles, est connu dans le droit sous le nom d'institution contractuelle. Cette matière, très-usuelle autrefois, l'est beaucoup moins aujourd'hui. Nous n'en dirons que ce qu'il en faut dire, négligeant les questions oiseuses, les détails sans importance, et les hypothèses trop éloignées du cercle de la pratique.

De Laurière, qui a savamment traité ce sujet (1), définit ainsi l'institution contractuelle : « C'est un don irrévocable » de succession, ou d'une partie de succession, fait par » contrat de mariage au profit de l'un des époux, ou des en- » fants qu'ils doivent avoir ensemble. »

C'est là la fidèle image de la disposition prévue par notre article, disposition qui s'écarte des principes du droit commun et qu'on nommait assez souvent autrefois « conve- » nance de succéder », comme pour marquer, dans cette dénomination caractéristique, le rapprochement de deux choses qui s'excluent d'ordinaire, à savoir, la succession à venir et le contrat. Avant de l'examiner au point de vue doctrinal et pratique, nous devons en signaler la source tout à fait étrangère aux principes généraux du droit civil romain (2).

En effet, les institutions contractuelles étaient inconnues des Romains. Dans leur système, on ne pouvait faire une institution d'héritier que par l'acte civil appelé testament; les codicilles et les fidéicommis n'avaient pas ce privilége.

(1) Traité des institutions contractuelles, ch. 1er, n° 21.
(2) Henrys, t. III, liv. 5, ch. 4, q. 59, p. 257.

Ils ne donnaient lieu qu'à des dispositions indirectes (1). A plus forte raison était-il défendu d'instituer des héritiers par contrat (2). D'ailleurs, les Romains virent toujours de graves inconvénients aux pactes intervenus sur des successions futures (3). D'une part, l'industrie des hérédipètes y était si scandaleuse et si hardie (4), qu'il fallait lui enlever au moins cette branche de ses spéculations. De l'autre, la liberté des testaments était, dans les mœurs romaines, une de celles dont les citoyens étaient le plus jaloux, et l'on ne pouvait admettre qu'un père de famille s'astreignît à ne pas révoquer à plaisir ses libéralités testamentaires (5).

C'est pourquoi nous trouvons, au Code de Justinien, une décision des empereurs Valens et Gallien, d'après laquelle une obligation contractée par un père en mariant sa fille, de lui assurer la moitié de sa succession avec son frère, est déclarée destituée d'effet (6). De là cette règle contenue dans la 20 D. *De verb. signif.*, « *Verba contraxerunt, gesserunt,* » *non pertinent ad testandi jus.* »

On aperçoit cependant, par les lois mêmes qui les proscrivent, que les promesses faites dans un contrat de mariage au profit de l'un des époux sur la succession future du donateur, faisaient des progrès dans les mœurs (7). Il arriva même que l'usage l'emporta sur la subtilité du droit, comme

(1) Justinien, *Instit. De codicillis.*

(2) De Laurière, *Instit. cout.*, ch. 1, no 5.

(3) Arg. de la loi 5. C., *De pactis conventis*, et l. 3. C., *De collationibus.*

(4) Pline le Jeune, I, *Epist.* 20. Pline l'Ancien, XIV, 1. Pétrone, *Satyricon*, 16. Et les poëtes, tels qu'Horace (lib. 2, satyr. 5.), Martial (XI, 44), Juvénal (4, v. 18 et 19; 5, v. 98; 12, v. 93 et suiv.)

(5) L. *Si quis* D., *De legat.*, 10, et l. *Stipulatio.* D., *De verb. oblig.* Coquille sur Nivernais, *Des donat.*, art. 12.

(6) L. 15. C., *De pactis* (an 267).

(7) L. 5. C., *De pactis conventis*, et l. 15. C., *De pactis* (précitée).

nous le voyons par la novelle 19 de Léon le Philosophe (1), et ce prince déclara qu'il était profondément absurde (2) de vouloir qu'un père qui avait promis l'égalité à sa fille en la mariant, se jouât de sa parole. A la vérité cette constitution, ne faisant pas partie des compilations de Justinien, n'a pas eu force de loi dans notre ancienne jurisprudence; mais elle a du moins l'autorité qui appartient au bon sens et à la justice (3).

2344. Ce qui le prouve, c'est que le droit romain lui-même, malgré ses préventions contre les pactes sur les successions futures, les autorisait en faveur des soldats, comme on le voit par la loi 19 C. *De pactis*, où les empereurs Dioclétien et Maximien maintiennent un pacte de se succéder réciproquement, qu'avaient fait deux soldats à la bataille. La raison qui en est donnée, c'est que la volonté du soldat sur ce qui doit avoir lieu après lui, relativement à sa succession, n'a pas besoin des formes ordinaires, et qu'elle a l'autorité d'une sorte de décret, si elle a persisté jusqu'à la mort.

Ceci posé, pourquoi des conventions valables entre soldats seraient-elles condamnées sans distinction entre particuliers? Est-ce qu'il y a, dans toutes les conventions sur les successions futures, une atteinte nécessaire aux bonnes mœurs et à la justice? N'y a-t-il pas des cas nombreux, pareils à quelques-uns de ceux que nous indiquions ci-dessus, où elles sont utiles à la famille au lieu de compromettre ses intérêts?

A ne considérer la chose que sous le rapport du droit naturel, ou du droit des gens, les pactes sur les successions futures ne peuvent être redoutés qu'à cause des dispositions

(1) Cujas sur la loi 15. C., *De pactis*.
(2) *Evidentem absurditatem*.
(3) Cujas sur la loi 26. D., *De verbor. obliq.*

et des mœurs de certains peuples, comme dit très-bien Cujas (1). En effet, serait-ce parce qu'ils gênent la liberté de tester, qu'ils seraient réprouvés? Mais est-ce que la liberté de tester est une liberté sans limites? Est-ce qu'elle ne reconnaît pas des bornes légitimes? Est-ce que le pouvoir du testateur n'est pas tenu de s'arrêter devant l'indisponibilité d'une portion de son patrimoine? Est-ce que celui qui donne, qui aliène, qui s'engage, ne restreint pas en une manière son droit de tester (2)? Et en quoi le disposant peut-il se plaindre des entraves qu'il a apportées volontairement à sa puissance?

Dira-t-on que le don que l'on fait par pacte de sa succession future, peut porter à faire des vœux criminels pour la mort de celui qui l'a promise? Mais cette conséquence n'est ni certaine, ni nécessaire; la méchanceté de quelques hommes ne doit pas empêcher la loi de permettre ce qui en soi ne contient aucune iniquité. Alors, il faudrait aussi défendre la donation de tous les biens avec réserve d'usufruit et autres contrats de même nature! Tout cela est exagéré, et Zazius a raison de renvoyer aux Italiens ces craintes chimériques : « *Ea quæ de voto captandæ mortis* » *proferuntur, Italis esse relinquenda* (3). »

Disons donc que ni le droit naturel, ni le droit des gens ne s'opposent aux pactes *de succedendo* par lesquels on s'oblige dans certains cas à donner sa succession ; pactes appelés *affirmatifs* par les interprètes, par opposition aux pactes *négatifs* par lesquels on renonce à une succession (4). Sans doute, il y a des dangers et une grande inconvenance à disposer des droits qu'on peut avoir éventuellement dans la succession d'une tierce personne vivante. L'art. 791 défend

(1) Sur la loi 26. D., *De verbor. oblig.*

(2) *Infra*, n° 2374.

(3) *Consil.* 2, n° 38, lib. 1. Vinnius, *De pactis, cap.* 19, n° 5.

(4) Vinnius, *loc. cit.*, n° 5, *in fine*.

de tels pactes même dans les contrats de mariage, c'est-à-dire dans le plus favorable des contrats. Mais il s'en faut de beaucoup qu'on doive traiter avec une rigueur aussi absolue les conventions de succéder qui ne portent que sur la succession future du disposant.

2345. C'est pourquoi une coutume aussi ancienne que générale a fait déroger presque partout, sous ce dernier rapport, *fere ubique gentium*, dit le président Favre (1), à cette règle du droit civil romain qui annulait toute paction sur l'hérédité d'un homme vivant. Ce n'est pas à dire que, même à ce point de vue restreint, il faille ouvrir légèrement la porte à tous les pactes *de succedendo*. Ce serait passer d'une prohibition exagérée à une facilité imprudente. Il ne manque pas de cas en effet où ils ont des dangers et peuvent devenir une cause de circonvention et de surprises (2). Mais quand c'est par contrat de mariage et pour favoriser la création d'une famille, qu'une personne promet sa succession, il n'y a rien là que d'honnête et de profitable au bien public. Aussi, les nations modernes ont-elles permis de donner l'hérédité par contrat de mariage, *propter dignitatem et amplificationem familiarum* (3).

~~2346.~~ De Laurière a cherché à préciser l'origine de cette déviation universelle des principes du droit civil romain (4). Ses recherches ont jeté du jour sur ce point d'histoire (5).

(1) C., *De pact. convent.*, lib. 5, t. IX., defin. 6.

(2) Art. 1130 C. N., art. 791.

(3) Balde, *in cap.* 1, § *moribus, si de feud. def. content. sit. int. dom. et agn. vas.* Decius, *Cons.* 516, n° 5, et *Cons.* 656, n° 12. Menochius, *Cons.* 1, n° 168. Voët, *ad Pand. De pact. dot.*, n° 57 bis, et *De pact.*, n° 16. Ricard, *Donat.*, part. 1, n° 1051. Furgole, *sur l'ord. de* 1731, t. V, p. 99 et suiv. Vinnius, *De pactis, cap.* 19, *n°* 5.

(4) *Junge* M. Merlin, Répert., v° *Institut., contract.*, § 1, p. 280, et *Revue de législ.*, t. XI, p. 127.

(5) V. aussi *Revue de législation*, t. XI, p. 127.

Nous le suivons dans cette voie dans la préface de ce commentaire.

2347. Essayons maintenant de déterminer le caractère de l'institution contractuelle, en reportant notre attention sur la définition que nous en avons donnée au n° 2345.

Et d'abord, puisque l'institution contractuelle est une institution d'héritier, ou, autrement dit, un don de la succession (*dationem successionis*, comme dit Cujas) (1), il s'ensuit qu'elle a trait à la mort du disposant et que ce dernier ne s'engage qu'à donner ce qu'il laissera à son décès. Pourtant, elle est irrévocable par son essence (2), et le donateur manquerait à sa promesse s'il défaisait indirectement ce qu'il ne peut révoquer directement. Comment donc concilier ces deux conditions en apparence contradictoires? Rien n'est plus facile, en considérant que si l'irrévocabilité de l'institution s'oppose à ce que le disposant en détruise les effets par une volonté frauduleuse, elle ne l'empêche pas d'administrer en bon père de famille une fortune dont il n'a pas voulu se dessaisir actuellement, et même d'en disposer dans la mesure de ses besoins légitimes et avec une entière bonne foi. Ce n'est pas là, sans doute, une irrévocabilité absolue. Mais le disposant, qui était maître de ne rien donner, a pu, à plus forte raison, ne donner qu'en apportant à l'irrévocabilité de sa donation quelques limitations admissibles à cause de la faveur des mariages. L'institué ne saurait s'en plaindre; disons même que ce qui lui a été donné vaut la peine qu'il en soit reconnaissant. Le disposant, en effet, lui

(1) *Ad African.*, Tract. 2, p. 55. De Laurière, *Des instit. cout.* ch. 1, n° 21.

(2) Anjou, art. 245. Maine, art. 262. Normandie, art. 244. Tours, art. 252. Berry, t. VII, *Des donat.*, art. 6. Auvergne, ch. 14, art. 33. Nivernais, T. *Des donations*, art. 22. Brodeau sur Louet, Lettre S, som. 9, n° 5. *Infra*, n° 2349.

a assuré des droits presque semblables à ceux que les enfants ont sur le patrimoine paternel. Par une sorte d'adoption successorale, le contrat consacre pour lui le même engagement que la nature et la loi sanctionnent pour les premiers. Si les enfants doivent se tenir pour satisfaits d'une simple expectative qui, tout en étant pour eux une sorte de certitude, se concilie cependant avec le droit de propriété conservé au père, pourquoi l'institué contractuel serait-il considéré comme plus mal traité, parce que l'instituant n'abdique pas pour lui ses droits actuels de maître de sa chose ? Il peut s'en rapporter à l'affection paternelle, pour veiller sur l'avenir des enfants. Nous verrons même tout à l'heure que l'institué est dans une position meilleure que l'enfant. Car le père peut donner ses biens dans la proportion de la quotité disponible, et l'instituant ne le peut pas (1).

2348. Il suit de tout ceci que l'institution contractuelle est un genre mixte de disposition, qui tient de la donation et du testament, et qui n'est à proprement parler ni l'un ni l'autre. Elle n'est pas une vraie donation, puisque la donation dessaisit le donateur, tandis que l'institution contractuelle permet même d'aliéner, à titre onéreux et de bonne foi, les biens qui y sont compris; de sorte que la règle *donner et retenir ne vaut* n'y a pas lieu. Elle n'est pas non plus un testament, puisqu'il est de l'essence du testament d'être essentiellement révocable, et que l'institution contractuelle n'est pas sujette à être révoquée par la volonté ambulatoire du disposant (2). Sans doute, elle fait un héritier comme on en peut faire un par testament, mais à la différence de l'héritier testamentaire, l'héritier contractuel n'est pas tenu de demander la délivrance, et son contrat le saisit contre l'hé-

(1) N° 2350.
(2) Favre, C., *De pact. conv.*, defin. 7.

ritier même du sang (1). L'institution contractuelle est donc un mélange de certains traits des testaments et des donations, mélange intelligent que les peuples modernes ont senti le besoin de former pour que les dispositions gratuites en faveur des mariages, si utiles et si dignes d'encouragement, ne soient pas trop onéreuses pour les disposants (2). Pour arriver à ce résultat, il ne fallait pas ressembler aux Romains, qui faisaient plus d'état de la liberté des testaments que de la faveur du mariage. Il fallait préférer le mariage au droit de tester, et c'est par l'instinct de cette préférence que le droit coutumier adopta les convenances matrimoniales de succéder (3).

2349. Nous venons de dire que celui qui a fait une institution contractuelle peut aliéner à titre onéreux ou, comme disait Loisel, qu'il se peut aider de son bien (4). C'est une règle de notre droit coutumier que le Code Napoléon a sagement conservée. Dans les pays de droit écrit, on envisageait les institutions contractuelles à un autre point de vue; elles se montraient aux yeux des jurisconsultes sous l'aspect de donations universelles entre-vifs (5); et, partant de là, l'instituant ne pouvait plus disposer de ses biens, si ce n'est en certains cas d'exception (6). Mais c'était là une déviation de l'idée mère de l'institution contractuelle, qui n'est qu'un don de succession ; c'était un biais imaginé pour ne pas trop s'écarter des principes du droit romain pur, en matière de

(1) De Laurière, t. I, p. 70, ch. 4, n° 38. *Infra*, n° 2366.

(2) Furgole, *loc. cit.*, p. 101.

(3) Coquille sur Nivernais, *Des donations*, art. 12.

(4) 2, 4, 10.

(5) De Laurière, ch. 4, n° 8, et sur Loisel, 2, 4, 10.

(6) Fernand, *De futura conventionali successione*, ch. 7, nos 6 et 7. De Laurière, *loc. cit.*, sommaire du n° 8. Duperrier, *Quest. notables*, liv. 2, ch. 16. M. Merlin, Rép., v° *Institution contractuelle*, § 8, n° 9. Furgole essayait de combattre cette jurisp. sur l'ord. de 1731, art. 13.

pacte sur les successions futures. Le Code a adopté le système plus franc et plus logique du droit coutumier. L'institution contractuelle, en effet, n'est que le don irrévocable, non des biens présents, mais des biens que l'instituant laissera à son décès. Il peut donc se servir de son bien comme a droit de le faire un propriétaire; il a retenu implicitement ce droit; la nature de l'acte le dit avec certitude. Pourquoi en effet, n'a-t-il pas fait une donation présente? pourquoi ne s'est-il pas dessaisi? Évidemment, c'est qu'il n'a pas voulu se lier entièrement les mains; c'est qu'en concourant à fonder une famille, il n'a pas voulu dépouiller présentement la sienne. Pour tout dire en un mot, le donateur ne s'oblige à donner que sa succession, ou, pour répéter les termes de notre article, que les biens qu'il laissera à son décès. N'est-ce pas comme s'il s'était réservé, par une clause formelle, le droit de se livrer à tous les actes du bon père de famille, qui, pour faire marcher ses affaires, peut vendre, échanger, aliéner, contracter des engagements et hypothéquer (1)? Concluons donc avec De Laurière (2) et avec nos articles, que le disposant conserve la liberté et le pouvoir de vendre et d'engager ses biens comme il lui plaît, pourvu qu'il en use sans fraude. Ainsi, il pourra vendre une maison pour acheter une terre, ou une terre pour avoir une charge, ou une ferme pour avoir des rentes; à moins toutefois qu'il n'ait apporté lui-même dans le contrat de mariage des limites à ce droit, par exemple en promettant à son fils de ne pas faire d'aliénations sans le consentement de celui-ci (3). Pour le dire en passant, nous n'avons aucun doute sur la validité

(1) De Laurière sur Loisel, 2, 4, 10.

(2) *Institut. contract.*, ch. 1, n° 3. Bourbonnais, art. 320.

(3) Toulouse, 18 janvier 1820 (Devill., 6, 2, 188. *Palais*, t. XV, p. 712).

d'une telle clause, quoiqu'elle ait été contestée (1). L'instituant aurait pu donner sa chose irrévocablement, ou bien il aurait pu la donner en se réservant l'usufruit. Pourquoi lui serait-il défendu de s'engager par une promesse qui le rapproche d'un usufruitier? On ne saurait voir dans tout ceci rien qui blesse la morale, l'ordre public et les lois. Le véritable mal serait de manquer à des conventions écrites dans un contrat de mariage et formant la base de l'union de deux familles.

2350. Mais, s'il est vrai que par le droit commun l'instituant peut aliéner, il n'est pas moins certain qu'il lui est défendu de disposer à titre gratuit, par donation et par testament, des choses comprises dans l'institution contractuelle. L'art. 1083 porte à cet égard une prohibition expresse, et par une exception qu'explique la faveur des mariages, il enlève même à l'instituant le droit de tester librement et indéfiniment, droit qu'il est de règle générale que nul ne peut s'ôter à lui-même en gênant sa liberté individuelle (2). Pourtant, ceci ne doit pas être entendu avec exagération. Il y a des donations et legs modiques, qui n'altèrent pas la substance de la disposition. L'instituant n'est pas privé du droit d'obéir à un sentiment de reconnaissance, de piété et d'affection. C'est pourquoi Dumoulin disait très-bien : *Non impeditur quædam particularia legare, manente institutione in sua quota* (3). Notre article reconnaît ce droit, et le formule de manière à éviter les équivoques. L'instituant ne peut disposer par donation ou testament que de sommes

(1) L'annotateur de Grenier, n° 412, note (a). M. Duranton, t. IX, n° 713.

(2) Cassation, 13 janvier 1818. Devill., 5, 1, 400. Grenier, n° 413. Merlin, Rép., v° *Instit. contract.*, § 8, n° 6. *Supra*, n°s 1193 et suiv.

(3) Sur l'art. 222 de la cout. du Bourbonnais. *Junge* sur l'art. 31, ch. 14 de la cout. d'Auvergne.

modiques, à titre de récompense, de legs pieux et autrement (1).

2551. Toutefois le donateur pourrait se réserver le droit de disposer à titre gratuit d'une chose comprise dans l'institution (art. 1086), à la charge que, s'il mourait sans avoir usé de ce droit, l'institué profiterait de cette chose (2). Cette réserve elle-même confirme le droit dont nous parlons; la nécessité de l'insérer dans l'institution pour attribuer au disposant une certaine liberté de donner, prouve que, sans cette précaution, il serait enchaîné pour le tout, et qu'il n'est pas libre pour le surplus des choses réservées. Au reste, cette réserve ne l'empêche pas de profiter du droit commun, pou disposer de choses modiques (3).

Remarquons ici qu'il peut arriver qu'en faisant cette réserve, le disposant ne règle pas le sort de la somme ainsi réservée dans le cas où il n'en disposerait pas. A qui revien dra-t-elle en pareil cas? à l'héritier contractuel ou aux héritiers du sang?

Ce point est réglé par l'art. 1086 en faveur de l'héritier contractuel (4). C'est aussi dans ce sens qu'il l'avait été par l'art. 18 de l'ord. de 1731. Mais il n'est pas sans intérêt de s'instruire de la jurisprudence qui avait précédé cette ordonnance.

(1) Riom, 4 août 1820 (Devill., 6, 2, 301. *Palais*, t. XVI, p. 93). Cassat., ch. civ., 23 février 1818. (Devill., 5, 1, 436. *Palais*, t. XIV, p. 660). Riom, 4 mai 1819 (Devill., 6, 2, 64. *Palais*, t. XV, p. 252); il s'agissait d'une donation déguisée. Lebrun, *Success.*, liv. 3, ch. 2, n° 18. Brodeau sur Louët, lettre S, somm. 9, n° 5. Furgole, sur l'art. 13 de l'ord. de 1731. De Laurière, ch. 7, n° 59, et ch. 14, n° 7. Grenier, *loc. cit.* M. Coin-Delisle, n°s 9 et suiv. sur l'art. 1083.

(2) Art. 948, 949 du C. Nap. Brodeau sur Louët, *loc. cit. infra*, n° 2457.

(3) Riom, 15 nov. 1819 (Devill., 6, 2, 150. *Palais*, t. XV, p. 55). *Infra*, n° 2461.

(4) *Infra*, n°s 2457 et suiv.

Les époux de Chastelus, en mariant leur fille, l'instituèrent leur héritière, se réservant la disposition de 20,000 livres. Ils moururent sans avoir disposé de cette somme. Les héritiers *ab intestat* disaient que la somme, ayant été exceptée de l'institution, n'appartenait pas par conséquent à l'héritier contractuel; que c'était à eux qu'elle devait revenir par la force de la loi; que telle était la disposition de l'art. 243 de la Coutume du Bourbonnais, et de l'art. 112 de la Coutume de Sédan.

Néanmoins, l'arrêt du parlement de Paris, du 2 avril 1628, ne leur fut pas favorable (1). Outre les circonstances particulières de la cause, on considéra que la réserve n'empêche pas que la chose ne soit dans l'institution. Seulement, le disposant veut échapper à la loi qui l'empêche d'en disposer, et c'est là le but de la clause de réserve : il n'entend pas limiter l'institution; il ne veut que limiter l'interdiction qu'il s'est faite à lui-même de disposer de son bien à titre gratuit (2). Il ne faut pas confondre la réserve faite dans une donation dont parlent seulement les coutumes du Bourbonnais et de Sédan, avec la réserve faite dans une institution (3). La première exclut la chose de la donation; sans quoi, l'on donnerait et l'on retiendrait : ce qui ne se peut. La seconde n'exclut pas la chose de l'institution; mais elle la soumet à la libre disposition du disposant : ce qui peut se faire dans les contrats de mariage (4).

2352. L'usage de la clause de réserve peut se prêter à des tempéraments équitables. Pierre stipule qu'il pourra disposer à titre gratuit de telle ferme : pourquoi ne pourrait-il pas disposer, à la place de ce domaine, d'une autre ferme de

(1) De Laurière, ch. 4, n° 168, V. art. 1086, C. N.
(2) De Laurière, ch. 4, n° 178
(3) *Infra*, n°s 2457 et suiv.
(4) De Laurière, ch. 4, 184, 185.

même valeur et remplissant mieux son but (1)? Quel intérêt l'institué aurait-il à critiquer cette substitution sans importance, d'une chose à une autre? C'est ce qui résulte de la jurisprudence de la cour de cassation, qui a jugé en ce sens dans l'espèce suivante. Un père s'était réservé le droit de disposer au profit de sa femme de l'usufruit de la moitié des biens qu'il donnait à ses enfants par une institution contractuelle. Plus tard, il crut devoir modifier cette réserve, et par son testament il légua à sa femme le droit d'opter entre cet usufruit et une rente viagère de 1,500 fr. équivalente. La chambre des requêtes, en rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Riom, du 3 juin 1844, décida que ce legs n'avait pas dépassé les pouvoirs du père de famille, et que l'épouse avait pu préférer la rente de 1,500 fr. à l'usufruit (2).

2353. La renonciation à une prescription étant une aliénation à titre gratuit, on demande ce qui devrait être décidé dans le cas où l'instituant renoncerait à une prescription acquise. L'institué pourrait-il attaquer cette renonciation?

(1) Voyez un exemple de cette conversion dans l'espèce d'un arrêt de la cour impériale de Riom, du 27 février 1824 (Devill., 8, 1, 242); le procès ne roula pas sur ce point, qui ne paraît pas avoir été contesté.

(2) Req., 26 mars 1845 (Devill., 47, 1, 120. *Palais*, 1848, t. I, p. 597). — Il faut citer ici encore, comme exemple, la décision récente de laquelle il résulte que lorsqu'un père ou une mère qui n'a que deux enfants, a assuré à l'un d'eux, par son contrat de mariage, sa part et portion virile entière dans la succession du disposant, distraction faite d'un immeuble déterminé que celui-ci s'est formellement réservé de donner à son autre enfant par préciput et hors part, une telle institution peut être considérée comme faite uniquement de la part et portion virile telle qu'elle paraissait devoir être au moment du contrat, c'est-à-dire de la moitié de la future succession de l'instituant, distraction faite de l'immeuble réservé, et ne pas comprendre la totalité de la succession pour le cas, alors imprévu, où, l'autre enfant venant à décéder, l'institué demeurerait seul héritier; et par suite que cet institué ne peut attaquer les legs faits par l'instituant que dans le cas où ils entameraient la moitié à laquelle il a droit. Rej. 28 juin 1858 (*J. pal.*, 1859, p. 482).

Il faut distinguer, ainsi que nous l'avons fait dans notre *Comm. de la Prescript.* (1) : Si l'instituant ne fait par sa renonciation qu'obéir à un scrupule de conscience qui l'oblige à reconnaître sa dette, cette renonciation doit être respectée; sa générosité envers l'institué ne le dispense pas d'être honnête envers ses créanciers (2). Mais si l'instituant renonce à une prescription acquise avec titre et bonne foi, c'est là un acte gratuit par lequel il n'a pu enlever à son héritier institué une espérance de son hoirie.

2354. Quant aux actes à titre onéreux, tels qu'hypothèque, établissement de servitude (3), etc., l'héritier institué doit les respecter, à moins qu'ils ne soient le produit d'un concert dolosif, pour faire fraude à l'institution.

L'institué devrait même s'arrêter devant une vente à charge de rente viagère faite de bonne foi; c'est là une aliénation aussi solide qu'une vente faite moyennant un prix une fois payé (4).

On voit par là que si l'institué a un titre irrévocable, son émolument est variable et ne peut être connu qu'au décès du disposant; ce n'est même qu'à partir de ce moment (5) qu'il devient propriétaire. Il n'a auparavant qu'une expectative, à peu près pareille, *servatis servandis*, à celle de l'héritier en ligne directe.

2355. Mais l'héritier en ligne directe ne saurait aliéner son droit, avant qu'il ne soit ouvert. Il ne peut ni le vendre,

(1) T. I, n° 105.

(2) Cass., 26 mars 1845 (Devill., 47, 1, 120).

(3) Req. 20 déc. 1825 (Devill. 8, 1, 242. *Palais*, t. XIX, p. 1054).

(4) Riom, 4 décembre 1810 (Devill., 3, 2, 365. *Palais*, t. VIII, p. 678). Cass., req. 15 novembre 1836. (Devill., 36, 1, 306. *Palais*, 1837, t. I, p. 17).

(5) M. Jaubert, Rapport au Tribunat. Locré, t. XI, p. 484. Fenet, IX, p. 620.

ni y renoncer. N'en est-il pas autrement de l'institué con-contractuel (1) ?

On l'a soutenu d'une manière générale malgré l'art. 1130 du Code Napoléon (2). Je crois pourtant qu'il faut faire des distinctions pour ne pas s'égarer. Et d'abord, croit-on que l'institué puisse vendre et céder le droit que lui confère l'institution contractuelle, tant que la succession n'est pas ouverte ? Croit-on qu'une libéralité qui n'a été faite qu'en considération de son mariage, et pour l'avantage de sa famille, puisse sous les yeux du donateur et au mépris de son institution, être détournée de sa destination et mise en commerce ? N'est-ce pas le cas précis de l'art. 1130 (3) ? Que pourraient dire, du reste, le vendeur et l'acheteur de la future hérédité, si le disposant dans son mécontentement aliénait tout l'émolument de sa succession future, pour ne laisser à sa mort qu'une hoirie sans valeur ? Auraient-ils le droit de lui reprocher ces mesures dictées par une juste irritation, eux qui l'y ont excité par leur trafic sur une chose qu'il avait donnée dans des vues différentes ?

Il faut donc dire que, pendant la vie de l'instituant, l'institué ne peut se départir de l'institution ; ce point était constant dans l'ancien droit, et Chabrol l'a établi avec beaucoup de force et de justesse (4).

Il y a plus : et il a été jugé, sous le Code Napoléon, que l'institué ne peut convenir avec l'instituant qu'il renonce à l'institution contractuelle moyennant l'attribution actuelle

(1) V. *infra*, n° 2431.

(2) M. Zachariæ, t. V, p. 521, 522.

(3) MM. Toullier, t. XII, n° 16. Duranton, t. VI, n° 49. Riom, 30 avril 1811 (Devill., 3, 2, 484. *Palais*, 9, 291). V. *infra*, n° 2431, notre observation sur cet arrêt.

(4) Chabrol sur Auvergne, ch. 14, art. 26, sect. 7.

et à forfait d'un objet déterminé (1). Nous retrouvons ici l'art. 1130 du Code Napoléon. L'institué qui a consenti à ce forfait, peut, après la mort de l'instituant, attaquer lui-même un acte qui lui porte préjudice ; il est recevable et fondé à se prévaloir d'une nullité prononcée en toutes lettres par l'art. 1130 (2).

De là résulte que si l'instituant donne, en dehors de la limite autorisée par l'art. 1083, quelques-uns des biens compris dans l'institution, l'approbation donnée à cette aliénation à titre gratuit par l'institué, avant l'ouverture de la succession, ne saurait produire d'effet. Car il renonce par là à un droit dépendant d'une succession future, et il ne le peut d'après l'art. 1130 du Code Napoléon. On peut voir là-dessus la doctrine conforme de Chabrol (3). Elle se fortifie de cette maxime de Dumoulin : « *Consensus hæredis, vivo testatore, videtur extortus et non valet* (4) ; » et de plusieurs arrêts rapportés par Ricard (5), et Lebrun (6). Il ne faut rien voir de contraire à ceci dans un arrêt de la cour de Paris du 3 juillet 1821, mal interprété par certains recueils (7). Il suffit de lire l'espèce de cette décision, pour être convaincu qu'elle a été déterminée par les circonstances particulières de la cause. C'était un père qui avait doté, au moment de leur mariage, les filles que sa femme avait d'un premier mariage, avec les biens compris dans une institution contractuelle qu'il avait faite à leur mère, et celle-ci avait ap-

(1) Cassat. (ch. civile), 16 août 1841 (Devill., 41, 1, 684. *Palais*, 1841, t. II, p. 611).

(2) Cassat. (ch. civ.), 16 août 1841, précité.

(3) *Loc. cit.*

(4) Sur Auvergne, t. XII, art. 53.

(5) *Donat.*, 1, n° 771.

(6) Liv. 3, ch. 2, n° 28.

(7) Le recueil de M. Devilleneuve ne donne pas les faits, omission regrettable et qui ôte à l'arrêt sa véritable physionomie : 6, 2, 429.

prouvé ces donations, en intervenant au contrat de mariage desdites filles, et en déclarant confirmer, en tant que de besoin, lesdites donations, et consentir qu'elles eussent leur plein et entier effet.

Après la mort de son mari et lorsqu'elle persistait toujours dans sa pieuse pensée, ainsi qu'il résulte des écritures du procès, que j'ai pris soin de vérifier sur les registres de la cour impériale, ses créanciers prétendirent faire annuler son acquiescement et la renonciation qui en résultait, sous prétexte que tous ces actes avaient été faits avant l'ouverture de la succession de l'instituant; mais ils ne s'apercevaient pas que, depuis le décès de ce dernier, la mère n'avait pas changé d'avis, et qu'au contraire elle ratifiait de plus fort des combinaisons qui assuraient le sort de ses enfants. Son consentement avait donc une vertu légale qui le mettait au-dessus de ces attaques intéressées (1).

(1) Voici le texte de cette décision. Nous ferons remarquer, pour la saine intelligence du premier considérant, que l'arrêt dont il s'agit a été rendu sur des actes antérieurs au C. Napoléon ; le contrat de mariage de l'instituant est de l'an 7. S'il en eût été autrement, la cour de Paris n'aurait pas posé la doctrine sur laquelle elle s'appuie dans cette première partie de son arrêt : doctrine admissible à certains égards sous l'ancien droit, mais trop large si l'on se met en face du Code Napoléon.

LA COUR ; — Attendu qu'une institution contractuelle n'empêche pas l'instituant de disposer, même gratuitement, à titre particulier, et sans fraude ou sans préjudice des droits de l'institué; que Desnanots n'a pas fait fraude ou préjudice à sa femme, par lui instituée son héritière, en dotant ses filles ; qu'il a dû, au contraire, penser qu'il entrait pleinement dans ses vues, et ne pouvait rien faire qui lui fût plus agréable; qu'au surplus, elle seule pouvait s'en plaindre, et qu'elle ne l'a point fait; qu'elle a même déclaré expressément approuver les donations faites à ses filles, renonçant à cet égard, en tant que de besoin, au droit éventuel que lui conférait l'institution d'héritière; que, n'étant alors saisie de rien, ses créanciers, comme exerçant ses droits, n'ont pas pu critiquer cette renonciation partielle, et qu'aujourd'hui que l'instituant est décédé, ils ne peuvent se prévaloir que sur les biens qu'il a laissés dans sa succession. — Adoptant, au surplus, les motifs des premiers juges ;—Met l'appellation au néant (*Palais*, t. XVI, p. 721).

Il y avait du reste, dans cette affaire, une circonstance sur laquelle un souvenir de l'ancienne jurisprudence me fait insister. C'est, ainsi que cela résulte des faits constants au procès et constatés par les qualités, que la renonciation dont il s'agit avait été faite dans le contrat de mariage des filles. Or, je vois dans Chabrol qu'il arrivait souvent en Auvergne que le fils institué héritier par son contrat de mariage, associait son frère à son institution, lorsque celui-ci se mariait. Mais il n'y aurait pas de bonnes raisons pour introduire cet usage dans la pratique du Code Napoléon.

Déjà même sous l'ancien droit, les arrêts le condamnaient, et Chabrol cite une sentence de la sénéchaussée d'Auvergne du mois d'août 1777, qui annula la clause par laquelle un frère avait associé, dans le bénéfice de son institution contractuelle, son autre frère qui se mariait (1). Mais sous le Code Napoléon la question devient encore plus claire par l'art. 791, qui défend, même dans les contrats de mariage, de renoncer à la succession d'un homme vivant, ou d'aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir sur cette succession. On peut bien, dans une institution contractuelle, pactiser sur sa propre succession; mais il n'est pas permis de disposer dans un tel acte de la succession d'une tierce personne vivante. C'est ce qu'a très-bien établi un arrêt de la cour de Toulouse du 15 avril 1842, bien qu'il ne touche la question que d'une manière épisodique et incidente (2).

On peut d'ailleurs fortifier le texte de l'art. 791 du Code Napoléon par des raisons frappantes. Quand la tierce personne dont la succession future est en jeu, n'est pas partie

Le recueil de M. Devilleneuve donne à cet arrêt la date du 11 juin 1821. Mais elle est inexacte, ainsi que je m'en suis assuré sur les registres de la cour (6, 2, 429).

(1) Sur Auvergne, ch. 14, art. 26, sect. 7.

(2) Devill., 42, 2, 385. *Palais*, 1842, t. I, p. 741.

dans le pacte, il est évident que c'est lui faire injure que de spéculer ainsi sur l'événement de sa mort et sur des choses qui lui appartiennent (1). Que si, au contraire, elle vient y prendre part, un inconvénient d'un autre genre est à craindre. Il est possible, en effet, qu'elle se repente de sa libéralité, et qu'elle use de son autorité pour forcer le donataire institué à partager cette libéralité avec une autre personne devenue l'objet de nouvelles affections. C'est ce que l'on a vu souvent dans les familles, et de là naissent des causes de division et de fâcheuses instabilités dans les actes matrimoniaux. Supposons que Primus ait institué Secundus, son fils aîné, son héritier contractuel par préciput et hors part; il voit que ce fils n'a qu'une fille, et il obtient de lui, par ses obsessions, qu'il partagera son institution contractuelle avec Tertius, son fils cadet, qui se marie, espérant que ce mariage pourra donner naissance à des mâles qui soutiendront le nom.

Secundus n'a pas agi librement; il n'a cédé aux volontés de son père que *ne pejus faceret*. Combien la loi ne serait-elle pas imprévoyante, si elle laissait les contrats de mariage soumis à de telles instabilités, et le sort des familles livré à de tels changements d'affection (2)!

2356. Quant à la renonciation de l'institué qui a lieu après le décès du disposant, elle est valable, et on ne saurait lui opposer l'acceptation qu'il a faite de la future succession dans son contrat de mariage. Cette acceptation n'enlève pas le droit de renoncer ultérieurement à la succession, parce qu'elle n'est pas l'acceptation de la succession, mais seulement l'acceptation du titre qui rend apte à succéder. En faisant un héritier à l'instar de la loi, l'institution met cet héritier dans le droit commun. Or, tout héritier qui ne

(1) Chabrol, *loc. cit.*

(2) *Infra*, nos 2431 et surtout 2536 et suiv.

s'est pas immiscé, a le droit de répudier. C'est ce qu'établissait expressément en faveur de l'héritier contractuel l'art. 223 de la coutume du Bourbonnais. La raison le proclamerait quand même cet article ne le déciderait pas. Mais remarquez que si l'institué contractuel avait accepté la succession après le décès de l'instituant, il ne lui serait plus permis de renoncer ensuite. C'est le cas de la maxime *semel hæres, semper hæres* (1).

Lorsque la renonciation de l'institué contractuel intervient après le décès du disposant *rebus integris*, si ce dernier a donné la quotité disponible à un légataire ultérieur, c'est à celui-ci que profite la renonciation de l'institué qui lui faisait obstacle. On ne saurait appliquer ici l'art. 786 du Code Napoléon, d'après lequel la renonciation d'un héritier profite à ses cohéritiers (2). La volonté du défunt est la loi souveraine, et il faut s'arranger de manière à ce que ses dispositions formelles sortent à effet. Il suffit que les réserves et les légitimes restent intactes; quand elles sont entières, les réservataires ne peuvent se plaindre de voir un excédant leur échapper par la volonté de leur auteur (3).

2357. Puisque l'institution contractuelle est un don de la succession future du disposant, il s'ensuit que l'institué doit survivre au disposant; sans quoi la disposition serait caduque d'après les principes généraux (art. 1089) (4).

Pourtant, si l'institué contractuel prédécédé laisse des enfants, on suppose toujours que ces enfants ont été appelés à son défaut, quand bien même il n'y aurait pas de stipula-

(1) Cassat., 11 janvier 1853 (Devill., 53, 1, 70).

(2) Cassat., req., 20 décembre 1843 (Devill., 44, 1, 214). Bordeaux, 5 février 1844 (Devill., 44, 2, 345. *Palais*, 44, t. II, p. 489). Agen, 22 avril 1844 (Devill., 44, 2, 391. *Palais*, 44, t. II, p. 469).

(3) *Supra*, no 2160.

(4) De Laurière, ch. 7, no 30. *Infra*, no 2478.

tion à ce relative (1). La substitution vulgaire au profit des enfants est toujours sous-entendue dans l'institution contractuelle qui est faite en vue du mariage et de la famille, et qui se complaît dans l'idée que des enfants viendront faire le bonheur des époux. Alors ces enfants se présentent *jure suo*. Le disposant ne pourrait faire aucune disposition révocatoire qui lésât leurs droits. Il est lié à leur égard aussi bien qu'il l'était envers le premier appelé (2). Il n'en serait autrement qu'autant que le disposant se serait réservé le droit de partager ses biens inégalement entre ses petits-enfants dans le cas où le fils institué viendrait à prédécéder.

Du reste, quand on dit que les enfants sont substitués à leur père, on n'entend parler que des enfants nés du mariage en faveur duquel l'institution a été faite. Mais il n'y a pas de substitution au profit des enfants nés d'un autre mariage.

Ainsi, un homme veuf, ayant un enfant de son premier lit, se remarie, et un ami lui fait une institution contractuelle en faveur de ce second mariage. L'institué décède sans enfants de cette dernière union, avant l'instituant. L'enfant né du premier mariage ne sera pas réputé substitué vulgairement (3).

Ou bien, un homme reçoit d'un ami une institution contractuelle en faveur d'un premier mariage. Devenu veuf sans enfants, il se remarie, et prédécède en laissant des enfants de ce second mariage. L'institution faite en vue du premier mariage ne s'étendra pas aux enfants du second (4). Ces

(1) De Laurière, *loc. cit.*, et ch. 4, n° 139. Brodeau sur Louët, Lettre S, somm. 9, n° 10. *Infra*, n° 2409. Cout. de la Marche, art. 294. Auvergne, t. XIV, art. 17. M. Grenier, *Donat.*, n° 405.

(2) Toulouse, 3 juin 1825 (Devill., 8, 2, 83. *Palais*, 19, 547).

(3) De Laurière, ch. 7, n° 36.

(4) Le Laurière, *loc. cit.*, n° 39. Bourges, 19 décembre 1821 (Devill., 6, 2, 502. *Palais*, 16, 1028).

derniers sont étrangers par rapport à l'institution contractuelle.

La cour de Bourges a cru qu'il pourrait en être autrement si l'institution émanait d'un père à son fils, « parce que ses » petits-fils, de quelque mère qu'ils soient nés, sont toujours » l'objet de son affection (1). » Remarquons que cette cour n'avait pas à juger la question posée dans ces termes. Sa proposition est-elle bien exacte? Le père peut n'avoir pas vu avec la même faveur les mariages divers de son fils. Serait-il juste d'étendre d'un cas à l'autre des libéralités exceptionnelles qui n'ont été déterminées que par la contemplation de telle union précise? Peut-on dire qu'au moment de l'institution, le père a songé à une substitution si contraire aux augures du mariage célébré, si éloignée des espérances qu'on se promettait?

2358. L'institution contractuelle, étant une disposition exorbitante du droit commun, ne peut être étendue hors des cas pour lesquels elle a été introduite. Il faut donc qu'elle soit conçue dans des termes qui excluent l'équivoque, et qui soient nettement et clairement d'accord avec les idées que la loi attache à ce genre de disposition. Non pas qu'il y ait lieu de s'arrêter ici à des formules sacramentelles que repousse l'esprit de notre droit; mais il faut une volonté formelle et indubitable.

Dans l'ancienne jurisprudence, on voyait une institution contractuelle dans la disposition par laquelle un père, en mariant son fils, le déclarait fils aîné et principal héritier (2). Comme il n'était pas possible qu'un fils ainsi marié pût profiter de cette déclaration et reconnaissance, sans être

(1) *Loc. cit. Junge* Lebrun, cité *infra*, n° 2478.

(2) De Laurière, ch. 3, nos 3 et suiv. Coutume d'Anjou, art. 245; du Maine, art. 262; de Touraine, art. 252; de Loudunois, ch. 26, art. 4; de Normandie, art. 244. Loisel, liv. 2, t. IV, règle 1e.

héritier du père ou de la mère qui les avaient faites, on le tenait pour héritier contractuel en sa portion d'aîné et dans une quotité de la succession (1); on voyait dans la disposition une fixation dans sa personne du droit à lui destiné par la coutume (2). Il est vrai que cette institution contractuelle produisait des effets particuliers; elle n'instituait pas le fils dans les biens possédés au temps du mariage (3). De là l'interdiction imposée par certaines coutumes d'outre-Loire (4) à l'instituant d'aliéner les biens possédés au jour du mariage de l'aîné; ou bien à Paris et dans les coutumes analogues (5) plus larges envers le disposant, la défense à l'instituant d'avantager soit les autres enfants, soit un étranger, au préjudice de l'institution, dans les biens possédés lors du mariage. On voit que ce genre d'institution contractuelle s'écartait du droit commun; elle n'affectait que certains biens, elle n'assurait au principal héritier qu'un droit dans la fortune présente du donateur; tandis que l'institution contractuelle proprement dite porte sur sa succession future. Elle n'en était pas moins une institution contractuelle caractérisée, quoique partielle. En principe, rien n'empêche l'instituant de modifier sa libéralité et de la rendre plus ou moins pleine. Elle ne perd rien de son caractère, parce que, par suite d'une volonté spéciale, elle n'a trait qu'aux biens existants lors du contrat de mariage plutôt que de se référer aux biens existants lors du décès (6).

Aujourd'hui le père qui, dans le contrat de mariage de

(1) De Laurière, ch. 3, n° 12.
(2) *Id.* n° 16.
(3) *Id.* n° 20.
(4) Anjou, *loc. cit.*, et autres précitées. Lamoignon, *arrêtes*; des *Inst. contract.*, art. 9. De Laurière, ch. 3, n° 39, p. 112.
(5) Loisel, 40, 2, t. IV, règle 10. De Laurière, ch. 3, n° 27.
(6) De Laurière, ch. 5, n°s 2 et 15.

son fils, le déclarerait son héritier, ferait une institution contractuelle proprement dite. Il ne faudrait pas dire qu'il n'a fait qu'une simple indication, « une démonstration du » doigt (1). » Est-ce qu'il avait besoin de dire à la famille à laquelle il s'unit : « Voilà mon fils; c'est à lui que la loi dé- » fère ma succession ? » La famille ne l'ignore pas; elle n'a rien à apprendre par cette déclaration. Mais elle a entendu et dû entendre que le père assure à son fils sa part héréditaire dans sa succession; qu'il s'oblige à la lui conserver comme s'il mourait intestat; qu'il la fixe sur sa tête, et fortifie le vœu de la loi par le lien du contrat. En droit romain, *hæredem declarare* ne signifie pas autre chose qu'instituer un héritier (2). Déclarer un héritier, reconnaître un héritier, c'est donc faire une institution contractuelle (3); non pas cette institution restreinte aux biens présents, qui était la suite de la déclaration d'aîné (une telle institution est loin de nos habitudes et de nos idées), mais une institution ayant trait aux biens laissés au décès du donateur et assurant la part héréditaire *ab intestat*, sans diminution possible par des libéralités faites au préjudice de cette promesse.

Il faudrait voir aussi une institution contractuelle dans la disposition contenant promesse de conserver à un ou plusieurs enfants leurs portions héréditaires (4).

A cette promesse, signalée par Ricard et De Laurière, revient la clause suivante, usitée en Picardie, et dans laquelle un père, après avoir fait don à son fils, par contrat de mariage, d'une rente de 400 fr., ajoutait : « En attendant sa

(1) De Laurière, *loc. cit.*, nos 5, 8, 9; et ch. 3, no 39.
(2) L. 15 et 19, *C. de test.*
(3) De Laurière, ch. 3, nos 29, 36.
(4) De Laurière, *loc. cit.*, ch. 5, no 17.

» succession, à laquelle le futur est expressément réservé. » Le père ayant fait ensuite plusieurs legs à sa veuve, ces legs furent annulés, parce qu'ayant institué contractuellement son fils, il ne pouvait pas amoindrir cette institution par des libéralités faites à autrui (1). Comme le dit la cour d'Amiens dans un arrêt du 15 décembre 1838, rendu dans une espèce à peu près pareille, la promesse de réserver sa succession contient la promesse d'une part héréditaire, et montre que le père a entendu renoncer à la faculté que la loi lui accorde de disposer de ses biens à titre gratuit au préjudice de l'enfant marié avec cette promesse (2).

Enfin on est d'accord pour apercevoir une institution contractuelle dans la clause connue dans la jurisprudence sous le nom de promesse d'égalité. Nous en parlerons plus bas avec quelques détails (3).

Tout le monde reconnaît aussi, à peu d'exceptions près (4), que la simple promesse d'instituer un héritier, faite par contrat de mariage, a le même effet que l'institution elle-même. Vainement dirait-on que cette promesse doit se résoudre en dommages et intérêts (5). Étant faite dans un contrat de mariage, pour servir de fondement à l'établissement des époux, elle équivaut à une institution (6). L'article 1589 du C. N. nous montre qu'il n'est pas nouveau, en droit, que la promesse de faire une chose ait la force même de l'obligation de la faire. Ceci doit avoir lieu surtout quand la promesse a été acceptée comme base de l'union conjugale et comme dot du mariage.

(1) Cass., req., 8 décembre 1837 (Devill., 38, 1, 476). Rejet du pourvoi contre un arrêt d'Amiens.

(2) 15 décembre 1838 (Devill., 39,2,204).

(3) N° 2376.

(4) De Laurière, ch. 4, n° 23.

(5) *Id., ibid.*

(6) Merlin, Répert., v° *Instit. contract.*, § 6, n° 1.

2359. Mais on ne pourrait voir une institution contractuelle dans une clause par laquelle un père, en mariant son fils, lui ferait donation de certains biens présents, en le chargeant de les rapporter à la masse, pour être partagés avec ses autres biens entre tous ses enfants, « suivant le droit » qu'ils pourront y avoir ». Ces derniers mots indiquent hautement que le père n'a pas voulu se lier, et que ce n'est pas une institution contractuelle qu'il a entendu faire (1).

Voici une autre espèce analogue : Un frère donna à son frère qui se mariait 1,000 fr., à prendre par préciput dans sa succession, ajoutant « que le donataire concourrait au » partage de cette succession avec les autres héritiers, après » prélèvement de la somme donnée. »

Le donateur, en mourant, laissa un légataire universel. Mais le donataire prétendit qu'une part héréditaire lui avait été promise par son contrat de mariage et que le legs universel n'avait pu porter préjudice à cette assurance. Il fut repoussé dans sa demande, parce que la clause n'était qu'une simple explication du préciput (2).

Citons une dernière espèce :

Chausson donna à son neveu Anthelme Chausson, par contrat de mariage, cinq parcelles de fonds immeubles. Il ajouta, par une clause particulière, que le futur, outre les immeubles qui venaient de lui être donnés, prendrait dans la succession du donateur une portion égale à celle de ses frères et sœurs, autres neveux du disposant. Plus tard, Chausson est décédé, laissant un testament par lequel il instituait pour ses légataires universels deux frères d'Anthelme.

Anthelme a prétendu que son contrat de mariage portait en sa faveur une institution contractuelle qui avait empêché

(1) Cassat., 13 juin 1814 (Devill., 4, 1, 511. *Palais*, 12, 31).
(2) Cass., req., 19 novembre 1834 (Devill., 35, 1, 445. *Palais*, 26, 1031).

le donateur de disposer ultérieurement à titre gratuit. Les légataires ont soutenu au contraire que le contrat de mariage de leur frère n'avait pour but et pour objet que les cinq parcelles; que, pour le surplus, Chausson n'avait pas eu la pensée de faire une institution contractuelle; que son unique préoccupation avait été de déclarer qu'en venant au partage avec ses frères et sœurs, Anthelme Chausson retiendrait par préciput, outre sa part virile, les cinq parcelles à lui données; que de là ne résultait aucun dessaisissement plus étendu pour ce qui excédait ces cinq parcelles.

C'est ce dernier système qu'a accueilli la cour de Lyon par arrêt du 8 décembre 1841, confirmé par arrêt de la chambre des requêtes du 3 janvier 1843 (1). Ce dernier arrêt constate que la clause pouvait sans doute se prêter à une institution contractuelle; mais qu'on pouvait aussi la considérer comme ne présentant qu'une manière plus positive d'expliquer que, le cas de partage arrivant, le donateur entendait que la donation des cinq parcelles ne fût sujette à aucun rapport; que, dès qu'il y avait du doute sur le sens et le caractère de ces dispositions, la cour avait pu les interpréter dans le sens le plus conforme aux intentions présumées des parties.

2360. Il ne suffit pas que le disposant veuille faire une institution contractuelle; il faut de plus qu'il en observe les conditions constitutives, et par conséquent il faut : 1° que sa libéralité soit faite au profit d'une personne qui va contracter mariage, et dans la vue de favoriser ce mariage; de telle sorte que, si le mariage n'avait pas lieu, la disposition ne subsisterait plus;

2° Il faut que la libéralité s'adresse à une personne capable; c'est pourquoi elle ne serait pas valable si elle était

(1) Devill., 43, 1, 329.

faite directement aux enfants à naître du mariage. L'article 1082, d'accord avec l'art. 1081 (1), n'adopte pas le système de l'ord. de 1731 (art. 17), qui permettait de faire des institutions contractuelles au profit des enfants à naître, en passant sur la tête des futurs époux. Les enfants ne peuvent être appelés que comme substitués vulgairement à leurs auteurs, donataires en premier ordre (2);

3° Enfin, il faut que l'institution contractuelle soit faite par le contrat de mariage (3), ou bien, avant le mariage, par un acte séparé, mais qui se rapporte au contrat de mariage et soit censé en faire partie (4). Nous disons : et soit censé en faire partie; car si cet acte séparé n'était pas une annexe du contrat de mariage, s'il n'était qu'une simple donation ordinaire, l'institution contractuelle serait nulle. En effet, autre chose est une donation par contrat de mariage et une donation en faveur de mariage. Une institution contractuelle ne vaut que par contrat de mariage (5).

D'où il suit que si l'institution contractuelle est faite postérieurement au mariage, elle est nulle (6). Le président Favre constate ce point de notre droit français, en en donnant la raison décisive (7) : « *Ubi matrimonium contractum est,* » *nullas potest recipere pactiones quæ legibus prohibeantur,* » *nec si quis velit in eam rem matrimonii favorem obtendere;* » *quia non potest dici contrahentes aliter non fuisse contrac-*

(1) Bourbonnais, art. 219. Auvergne, ch. 14, art. 26. Lamoignon, t. XXXIX, art. 2.

(2) *Infra,* n°s 2370, 2440.

(3) *Supra,* n° 2341.

(4) Furgole, sur l'art. 13 de l'ordonn. de 1731 (t. V, p. 102). M. Zachariæ, t. V, p. 506. M. Merlin, Répert., v° *Instit. cont.*, § 3, n° 1. M. Toullier, t. V, n° 830. *Infra,* 2470.

(5) Nîmes, 8 janvier 1850 (Devill., 50, 2, 91). *Infra,* n° 3470.

(6) Art. 1394, 1395 C. Nap.

(7) *De errorib. Pragmat.*, décad. 28, err. 6, n° 11.

» *turos, qui jam contraxerunt; quare nec, si ponas millies in-*
» *tervenisse jusjurandum in contractu facto post initum ma-*
» *trimonium, valebit tamen pactio apud Gallos, sive sit facta*
» *de succedendo, sive de non succedendo, quia extra dotales*
» *tabulas habent pro vero et inviolabili, hæreditatem pacto*
» *dari non posse.* »

A la vérité, le droit romain autorisait à faire des pactes matrimoniaux postérieurement au mariage. Mais cette règle, depuis longtemps abrogée dans toute la France (1), a été de plus en plus rejetée par le Code Napoléon, qui veut que toutes les stipulations matrimoniales précèdent le mariage.

2361. Puisque l'institution contractuelle ne peut être faite qu'au profit d'une personne qui va contracter mariage, on demande si la clause d'association, fort commune dans l'ancien droit français, est ou non abrogée sous le Code Napoléon (2).

Cette clause d'association consistait en ce que le donateur, en instituant la personne à marier, la chargeait de s'associer ses frères et sœurs pour une certaine quotité. Cette association était une charge de l'institution; elle faisait fidéicommis; on la considérait comme une substitution fidéicommissaire dont l'instituant grevait l'institué (3); et l'on se fondait à cet égard sur la loi 19, § 1, au Dig. *ad S. C. Treb.*, où l'on met dans la classe des substitutions fidéicommissaires la disposition suivante : « *Te rogo, Luci Titi, ut hæreditatem* » *meam cum Attio partiaris.* »

Cette substitution était autorisée par la loi; car, quoiqu'il fût défendu d'instituer contractuellement quelqu'un qui ne

(1) Favre, *loc. cit. Mon Commentaire du contrat de mariage*, nos 171 et suiv. Voët, *ad Pandect., De pact. dotal.*, no 1.

(2) *Supra*, no 155.

(3) Bergier sur Ricard, *Des substit.*, ch. 8, *in fine*, et ch. 6, no 288. Chabrol, sur Auvergne, t. II, p. 336.

se mariait pas, néanmoins l'on sait qu'en droit il est souvent permis de faire indirectement ce que l'on ne peut faire directement (1). Créer dans une institution contractuelle un fidéicommis au profit d'un tiers, ce n'est pas instituer ce tiers contractuellement : c'est seulement imposer à l'institution une charge qui la modifie. Aussi Henrys enseigne-t-il qu'après avoir fait une institution contractuelle, on pouvait substituer au futur époux ses enfants à naître d'un autre mariage, ou des étrangers (2). La raison en est, suivant Furgole (3), que la substitution n'est qu'un accessoire de l'institution, et que si le principal est bon, les accessoires sont valables. Ajoutons que quelques auteurs, et particulièrement Lebrun (4) et Furgole (5), enseignaient que cette substitution au profit d'un tiers absent pouvait être révoquée. Mais ce que ces auteurs avaient écrit à cet égard était antérieur à l'ordonnance de 1747 sur les Substitutions, qui avait fait une innovation remarquable, en disposant que toute substitution apposée à une institution contractuelle serait irrévocable.

Que si l'on examine, maintenant, si la clause d'association est proscrite par le Code Napoléon, on trouve une contrariété d'avis parmi les auteurs. M. Merlin pense que cette clause

(1) On a une preuve de ceci dans le legs de la chose d'autrui. On ne peut, comme chacun sait, léguer directement la chose d'autrui. Mais personne ne conteste qu'on ne puisse le faire par forme de charge ou de condition.

Une autre preuve, c'est qu'on ne peut donner directement que par donation ou testament. Cependant, d'après l'art. 1121 du C. Napoléon, on peut donner indirectement à quelqu'un par forme de charge même dans un acte sous seing privé.

(2) Henrys, liv. 6, ch. 5, *quest.* 25.

(3) Sur l'art. 13 de l'ordonn. de 1731. V. aussi la 5e *quest.*, t. VI, p. 45, nº 64.

(4) *Success.*, liv. 3, ch. 2, nº 13.

(5) 5e *question, loc. cit.*

est licite (1). Mais en général les auteurs la condamnent (2); et c'est aussi ce qu'a fait un arrêt de la cour de Bourges du 19 décembre 1821 (3).

M. Merlin se fonde sur cette raison, à savoir que les simples fidéicommis qui n'emportent pas trait de temps à la mort du grevé, et qui ne forment pas un nouvel ordre de succession, sont autorisés par la disposition de l'art. 1121 du même Code (4); que la charge d'associer n'emporte pas trait de temps à la mort de l'institué; que c'est un fidéicommis pur, qui rentre dans la disposition de l'art. 1121, charge ou fidéicommis dont les institutions contractuelles sont susceptibles, ainsi qu'il vient d'être dit, d'après l'ancienne jurisprudence; car rien n'empêche de les modifier par des charges.

M. Merlin ajoute qu'on aurait tort de croire que le disposant ait voulu faire une institution contractuelle au profit des associés. Il n'a entendu faire qu'une donation à cause de mort.

Mais nous n'en demandons pas davantage pour nous séparer de l'opinion de M. Merlin. Si cette donation à cause de mort dont il parle pouvait se ranger dans la catégorie des donations pures ou des legs purs, il n'y aurait rien à dire à sa proposition. Mais elle n'est pas autre chose qu'une disposition à cause de mort par contrat irrévocable; elle n'est ni une donation de choses présentes, ni une libéralité testamentaire révocable. Elle est un composé de donation et de testament que le Code n'autorise qu'au profit des personnes qui vont se marier, et en vue de leur mariage.

2362. Mais, l'association étant déclarée nulle, quel sera le

(1) Rep., v° *Instit. contract.*, § 5, n° 9.

(2) MM. Grenier, n° 423 et son annotateur. Duranton, t. IX, n° 694. Zachariæ, t. V, p. 502.

(3) Devill., 6, 2, 505. *Journal du Palais*, 1821, t. XVI, p. 1028.

(4) *Supra*, n° 102.

sort des parties atteintes par la nullité? Tourneront-elles au profit de l'institué principal? Rentreront-elles dans la succession *ab intestat* du disposant? D'après l'art. 900 du Code Napoléon, la question semble tranchée au profit de l'institué; d'autres la résolvent en faveur de l'héritier légitime (1). Toutefois, nous voudrions que l'on consultât l'intention du donateur : car c'est plutôt ici une question de volonté qu'un cas précis de l'application de l'art. 900 (2).

2363. On a agité la question de savoir si le droit d'accroissement a lieu en matière d'institution contractuelle (3). Mais il n'y a pas de bonne raison pour penser qu'on ne doive pas l'admettre. L'institution contractuelle n'est qu'un testament irrévocable; elle ne dispose que de la succession; on doit donc lui appliquer les règles des testaments sur l'accroissement. Vainement objecterait-on que les institutions contractuelles tiennent de la nature des donations par l'acceptation qui en est faite par le mariage. Il est facile de voir que cette acceptation ne saisit nullement le donataire comme dans la donation entre-vifs (4).

(1) Bourges, 19 décembre 1821 (Devill., 6, 2, 502. *Palais*, 16, 1028). Mais cet arrêt ne discute pas la question, et il touche même des raisons qui vont en sens contraire de sa décision. Car il dit dans un de ses considérants que la clause d'association est nulle et réputée non écrite. Si elle est réputée non écrite, pourquoi la cour n'applique-t-elle pas l'art. 900?

(2) M. Coin-Delisle (n° 59 sur 1082) s'exprime ainsi sur la question : « Quoique la clause d'association se présente sous la forme d'une condition » ou d'une charge imposée à l'institution, rien n'empêche que le juge ne » pénètre l'intention des parties et n'adjuge le tout au donataire principal, » s'il reconnaît que l'intention dominante a été de lui tout donner, et que la » charge, nulle en elle-même, n'eût été qu'une condition dont la défaillance » devait profiter à l'institué; au contraire, s'il reconnaît que, par erreur de » droit ou par l'insuffisance de la rédaction, on ait sous une forme condi- » tionnelle fait une véritable disposition, le juge ne permettra pas que l'insti- » tué profite de ce que l'instituant n'aura pas voulu lui donner. »

(3) De Laurière, *Instit. cont.*, ch. 4, n° 142.

(4) Dumoulin, art. 17, t. XIV, Coutume d'Auvergne. Ricard, *Donat.*, par-

Supposons donc qu'un père qui a trois fils, en marie deux, et qu'il les institue, par le même contrat de mariage, héritiers des deux tiers de ses biens. L'aîné de ces deux garçons meurt sans enfants, avant son père; le père meurt ensuite : la portion de cet aîné appartiendra au second garçon institué, et non au troisième *ab intestat*. L'aîné et le puîné sont conjoints et cohéritiers; ils succèdent *eodem jure* comme institués par le même contrat de mariage. Le troisième ne succède que *ab intestat* et par conséquent *diverso jure* (1).

2364. Nous avons vu, par le texte de l'art. 1082, que l'instituant peut donner à l'institué tout ou partie des biens qu'il laissera à son décès. Il suit de là que l'institution contractuelle est tantôt universelle, tantôt à titre universel. Ce n'est pas tout : et comme qui peut le plus peut le moins, il faut dire que l'instituant est maître, à plus forte raison, de ne faire par son institution qu'un legs particulier ; l'institution contractuelle, n'étant qu'un testament par contrat, se prête aux mêmes variétés que le testament lui-même. L'instituant fait par ce testament exceptionnel sur les biens de sa future succession, tout ce que sa volonté pourrait faire par un testament ordinaire. Ainsi, par exemple, il pourra instituer le futur dans 150,000 fr. à prendre dans sa succession (2) ou dans 700,000 fr. qui seront exigibles après son décès (3). C'est là une institution partielle, ou à titre

tie 3, nº 481. Furgole, sur l'art. 1 du t. II de l'ordonnance de 1747. Grenier, nº 422. Toullier, t. V, nº 844. Delvincourt, note 8 sur la p. 33. Vazeille, nº 10 sur l'art. 1082.

(1) De Laurière, *loc. cit.*, ch. 4, nº 160. *Supra*, nº 2187 (art. 1044).

(2) Cass., req., 1er mars 1821 (Devill., 6, 1, 390).

(3) Cassat., req., 15 juillet 1835 (Devill., 36, 1, 153). *Contra*, M. Duranton, t. IX, nº 676, et Poujol sur l'art. 1082, nº 2. On peut citer dans le sens de la doctrine émise par ces auteurs les arrêts desquels il résulte que les gains de survie entre époux stipulés dans le contrat de mariage, lorsqu'ils

particulier, dont rien ne pourrait ébranler la force et l'autorité, surtout si on se pénètre des termes de notre article.

2365. Cette distinction entre l'institution universelle, l'institution à titre universel et l'institution à titre particulier, sert à résoudre la question de savoir quand et comment l'institué est tenu des dettes. L'institué n'étant qu'un légataire, mesurera son obligation sur celle du légataire, dont la situation varie d'après l'étendue du titre qui l'institue. On peut recourir à ce que nous avons dit *supra* à cet égard (1).

Supposons une institution contractuelle universelle, faite par un individu n'ayant pas d'héritier à réserve. C'est là un titre universel transférant l'hérédité; et l'héritier futur doit être tenu *ultra vires*, quand il n'use pas du bénéfice d'inventaire (2).

consistent dans une valeur déterminée à prendre dans la succession du prémourant, constituent, non une institution contractuelle, mais une véritable donation entre-vifs, garantie, en ce qui concerne la femme, par une hypothèque légale sur les immeubles de son mari. Toulouse, 24 mai 1855 (Devill., 55, 2, 491); Riom, 12 nov. 1856 (Devill., 57, 2, 1837). V. aussi un arrêt de rejet du 27 déc. 1859, qui toutefois ne fait que sanctionner une décision fondée sur une interprétation de convention et une appréciation d'intention. (Dalloz, 60, 1, 105; Devill., 61, 1, 87). Mais on décide plus généralement en principe qu'une donation faite en ces termes constitue une institution contractuelle. Cass. 16 mai 1855 (Devill., 55, 1, 490); Rouen, 11 juillet et 20 déc. 1856 (Devill., 57, 2, 359); Metz, 28 juin 1859 (*J. Pal.*, 1861, p. 513. Et quant à la doctrine, elle admet à peu près unanimement que l'institution contractuelle n'a pas besoin, pour être valable, de comprendre l'universalité ou une fraction de l'universalité des biens que l'instituant laissera à son décès, et qu'elle peut avoir pour objet seulement une chose ou une somme déterminée. V. MM. Guilhon, t. II, n° 930; Marcadé, art. 1082, n° 1; Colmet de Santerre, cont. de Demante, t. IV, n° 25 *bis*, II; Coin-Delisle, article 1082, n°s 14 et suiv.; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 411, note *a*; Bonnet, n°s 296 et suiv.; Aubry et Rau, t. VI, p. 250 et note 7; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. IV, p. 321, note 3 et p. 327, note 2.

(1) N°s 1836, 1857, 1982. V. aussi *infra*, n° 2454.

(2) Lebrun, *Success.*, liv., 3, ch. 2, n°s 7 et 41. De Laurière, ch. 2, n° 8,

En effet, cet institué est autant héritier que celui qui succède par la nature et la loi. Comment d'ailleurs serait-il possible qu'il ne payât les dettes qu'à proportion de ce qu'il amende, tant qu'il n'a pas d'inventaire à opposer aux créanciers qui le poursuivent ?

Il est tenu même des dettes postérieures à l'institution ; car l'institution contractuelle a en vue l'époque du décès du disposant. Elle agit ici comme testament. Il est vrai qu'elle est irrévocable ; mais ce n'est que pour empêcher l'instituant de faire un autre héritier ; elle n'en a pas moins le même effet que le testament.

2566. Nous venons de comparer l'institué contractuel à un légataire. Dans le droit coutumier, on semblait aller un peu plus loin. On le tenait pour un héritier véritable semblable à l'héritier de la loi et saisi comme ce dernier, même contre l'héritier du sang ; l'institution contractuelle se montrait comme une dérogation à l'art. 318 de la coutume de Paris, portant : « le mort saisit le vif son hoir le plus proche » et habile à lui succéder. » Et, bien que d'après cet article, nul héritier testamentaire ne fût dispensé de l'obligation de demander la délivrance à l'héritier *ab intestat* (1), on faisait à l'héritier institué la faveur de le considérer comme saisi en vertu de son titre, tenu pour aussi sacré que celui de la nature (2). On lui appliquait la maxime : « Le mort » saisit le vif. »

Nous ne croyons pas, sous le Code, qu'il soit nécessaire d'agiter des questions de qualité qui ne sont plus que des

et ch. 4, n° 125. Furgole, t. VI, p. 404. *Supra*, n° 1836. *Infra*, n° 2415. Pothier, Orléans, t. XVII, *Introd.*, n° 23.

(1) *Supra*, n°s 1791 et 1436.

(2) Pothier, Orléans, t. XVII, *Introd.*, n°s 17 et 18. De Laurière, t. I, p. 170, ch. 4, n° 38. Bourbonnais, art. 219. Auvergne, ch. 14, art. 26. Nivernais, t. XXVII, art. 12.

questions de mots. Au fond, il faut dire que l'institué contractuel est saisi en vertu de son contrat et dispensé de la demande en délivrance. D'après les art. 938, 1138 et 1583, le consentement transfère la propriété sans tradition, et c'est ce qui est décisif ici. Sans doute, l'institution contractuelle ne transfère pas la propriété d'un objet corporel; mais elle donne et transfère un droit de succession; elle en fait une cession gratuite; elle saisit par conséquent et dispense de la demande en délivrance (1). C'est par là que l'institué contractuel diffère du légataire. Le contrat dans lequel il puise la source de son droit, lui procure un investissement conventionnel, lequel ne s'attache pas aux effets naturels du testament. Le légataire qui n'a pas contracté avec le défunt doit fortifier, par le concours des héritiers légitimes, un titre qui n'est encore qu'unilatéral. Mais l'institué contractuel a pactisé avec l'instituant; il y a un lien synallagmatique. Il ne reste plus rien à faire pour que la libéralité soit de plein droit opposable à la succession (2).

2367. Furgole agite la question de savoir si l'institué peut diviser l'institution et s'en tenir aux biens existants lors de la donation pour répudier les biens à venir. La raison de décider serait que cette division et cette option peuvent avoir lieu dans la donation de biens présents et à venir, qui a quelques rapports avec l'institution contractuelle (3).

Mais Furgole montre très-bien que cela ne peut s'appliquer à l'institution contractuelle qui fait un héritier. On ne peut être héritier pour partie. Dans la donation de biens présents et à venir, au contraire, il y a comme deux donations distinctes, qui se peuvent diviser, ainsi que nous le verrons par le commentaire des articles suivants.

(1) Jug. du tribunal de la Seine du 27 février 1833. (Devill., 33, 2, 643.)
(2) *Infra*, n° 2428.
(3) Art. 17 de l'ordonn. de 1731. Art. 1084 du C. Nap. *Infra*, n° 2397.

2368. Il faut voir, maintenant, quelles personnes sont capables de faire une institution contractuelle.

Cette question n'est pas sans difficulté à cause du caractère mixte des institutions contractuelles. Il y a cependant des cas où elle reçoit une prompte solution : c'est quand il s'agit de personnes qui sont également incapables de donner entre-vifs et à cause de mort. Mais la chose se complique à l'égard de celles qui, étant incapables de donner entre-vifs, ont capacité pour donner par testament.

Par exemple, le mineur est absolument incapable de faire des donations entre-vifs, en vertu de la règle : *Donare est perdere* (1). Il peut au contraire faire un testament, lorsqu'il est parvenu à l'âge de seize ans ; il peut disposer, par ce moyen, de la moitié des biens dont le majeur pourrait disposer (2).

De même, la femme mariée ne peut donner entre-vifs sans le consentement spécial de son mari, ou sans y être autorisée par justice. Mais elle n'a besoin ni de consentement, ni d'autorisation pour donner par testament.

Pour trancher cette question, il faut dire que, par cela seul que les institutions contractuelles sont des actes mixtes où se confondent les caractères de la donation et du testament, il suffit qu'un individu soit incapable de l'un ou de l'autre, pour qu'il ne puisse pas faire une institution contractuelle. Une institution contractuelle ne se peut faire sans qu'on aliène le plus précieux des droits, celui de faire un testament; elle contient donc une aliénation présente, et sort de la capacité de ceux qui ne peuvent aliéner entre-vifs. D'autre part, elle contient un exercice de ce droit précieux qui consiste à faire un héritier de son choix. Comment donc

(1) Art. 903, C. Nap.
(2) Art. 904, C. Nap.

celui qui serait incapable de tester pourrait-il faire une institution contractuelle?

Il suit de là (1) que le mineur, par exemple, ne peut faire une institution contractuelle, puisque d'une part il ne peut aliéner, et que de l'autre instituer contractuellement, c'est aliéner pour toujours et irrévocablement le droit de tester.

2369. Mais le mineur qui se marie peut-il instituer contractuellement celle qu'il épouse?

Ici la thèse est différente. D'une part, nous sortons de l'institution contractuelle proprement dite, puisque celle-ci ne peut émaner que des ascendants des époux, de leurs parents collatéraux ou de donateurs étrangers. Or, il s'agit ici d'une disposition de futur à futur prévue par l'art. 1091 du Code Napoléon, et non d'institution contractuelle.

D'autre part, le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible, et les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. C'est ce qui résulte des articles 1095 et 1389 du Code Napoléon, combinés avec l'art. 1091.

Comme, d'après l'article 1093 du Code Napoléon, l'époux peut, en se mariant, instituer l'autre époux son héritier, il s'ensuit que le mineur pourra, par son contrat de mariage, et avec l'assistance requise, instituer sa femme son héritière (2).

2370. Mais il ne peut instituer ses enfants à naître (3); car, d'une part, l'article 1389 du Code Napoléon défend au

(1) M. Merlin, Rep., v° *Instit. contract.* (p. 1287, col. 1), § 4, n° 2. *Junge* Grenier, n° 431. M. Coin-Delisle, n° 10 sur 1082. M. Zachariæ, t. V, p. 515.

(2) *Infra*, n°s 2537, 2622 et suivants, sur l'art. 1093 et 1095.

(3) M. Merlin, Rép., *loc. cit.*, p. 293, n° 4.

mari et à la femme de rien faire, par leur contrat de mariage, qui puisse changer l'ordre légal de leur succession par rapport à leurs enfants à naître; de l'autre, aucune disposition ne donne le pouvoir à un individu qui se marie d'instituer contractuellement les enfants à naître de son mariage. L'art. 1082 s'y oppose même formellement (1). Il faut donc en revenir à la règle générale portée dans l'art. 893 du Code Napoléon qui dit « qu'on ne pourra disposer de ses biens à » titre gratuit que par donation entre-vifs ou testamen- » taire. »

2371. A l'égard de la femme mariée, il suit des principes exposés au n° 2368 qu'elle ne peut instituer contractuellement en ses propres et paraphernaux sans l'assistance de son mari ou l'autorisation de la justice (2).

Elle peut aussi, avec la même autorisation, instituer contractuellement un parent ou un ami dans ses biens dotaux. Il est vrai que les art. 1554, 1555, 1556 du Code Napoléon défendent d'aliéner et de donner les biens dotaux. Mais ce n'est pas là une objection sérieuse; car la femme ne se dépouille actuellement d'autre chose que de la faculté de tester, elle fait tout simplement un testament irrévocable; elle ne dispose que pour le temps où elle ne sera plus (3).

2372. L'institution contractuelle n'est pas soumise à la formalité de la transcription. L'art. 939 ne parle que des donations proprement dites, qui sont bien différentes des institutions contractuelles (4). Coquille nous apprend que bien souvent il avait décidé que l'institution contractuelle

(1) *Supra*, n° 2260.

(2) MM. Delvincourt, t. II, p. 110, note 10. Duranton, t. IX, n° 723. Dalloz, *Dispos. entre-vifs et test.*, ch. 11, sect 2, n° 8. Coin-Delisle, n° 11 sur 1082.

(3) Grenier, n° 431.

(4) Pau, 2 janvier 1827 (Devill., 8, 2, 304. *Journal du Palais*, 1827, t. XXI, p 2). Cassat., ch civ., 31 janvier 1832 (Devill., 32, 1, 220).

n'était pas soumise à l'insinuation, par la raison qu'elle est une disposition faite en vue de la mort, et qu'à cause du péril des charges elle n'est pas nécessairement un titre lucratif (1). Ces raisons ont aujourd'hui la même force et s'appliquent à la transcription aussi bien qu'à l'insinuation.

2373. Elle n'est pas révocable pour cause d'ingratitude (2).

2374. Elle n'est pas nécessairement soumise à l'acceptation (3). Il y a quelque chose qui vaut mieux que l'acceptation la plus solennelle : c'est la célébration du mariage dont l'institution contractuelle est la condition; c'est cette création de la famille nouvelle dont elle forme la dotation et dont elle assure l'avenir.

2375. Mais elle est révocable pour cause de survenance d'enfants, conformément à l'art. 960 du Code Napoléon. La loi suppose, avec raison, comme dans le cas de donation proprement dite, que l'instituant n'aurait pas donné sa succession à un étranger s'il eût su qu'il devait avoir des enfants (4).

2376. Outre l'institution contractuelle, on rencontre souvent dans les contrats de mariage une clause connue sous le nom de « promesse d'égalité » et qui, ainsi qu'il a été mainte fois jugé par les anciens arrêts (5), équivaut à une institution contractuelle. L'effet de cette clause, que l'on appelle aussi quelquefois « promesse de part héréditaire ou pro-

(1) Sur Nivernais, *de Donat.*, art. 12.

(2) *Supra*, n° 1352 et suiv. (art. 959). De Laurière, ch. 4, n° 88 et suiv.

(3) *Infra* (art. 1087), n°s 2469, 2470.

(4) *Supra*, n° 1338. *Junge* De Laurière, ch. 4, n° 119.
La coutume d'Auvergne ne révoquait l'institution que quant aux droits de légitime (t. XIV, art. 3).

(5) Rapportés par M. Merlin, *loc. cit.*

messe de réserve à succession (1), » est d'empêcher le disposant de faire à ses autres enfants des libéralités directes ou indirectes qui briseraient cette égalité qui a été la condition du mariage. Le disposant n'est plus maître d'assigner à un autre de ses enfants une portion plus grande (2).

Vainement dirait-on que le disposant a abdiqué par là la liberté de tester, qui est inaliénable. Il a agi à peu près comme celui qui donne, aliène, s'engage, et qui, par conséquent, s'ôte le droit de disposer à l'avenir des choses aliénées (3). Le père a fait une institution contractuelle; à la vérité il n'a pas donné nuement sa succession ou les biens qu'il laissera à son décès; mais il a assuré une part dans ces mêmes biens; il a donné, il a asssuré d'une manière fixe à son fils la même part qu'auraient ses autres enfants dans sa succession (4). Telle était l'ancienne jurisprudence (5); telle est la nouvelle.

2377. Mais le père qui par là s'est engagé à ne pas avantager ses enfants ou l'un d'eux au préjudice de celui qu'il

(1) Amiens, 15 décembre 1838 (Devill., 39, 2, 204). Cassat., req., 8 décembre 1837 (Devill., 38, 1, 476).

(2) V. *supra*, n° 2343.

(3) *Supra*, n° 1344.

(4) M. Merlin, *Instit. contract.*, § 6, n° 3. MM. Coin-Delisle, art. 1082, n° 65. Duranton, t. IX, n° 655. Rolland de Villargues, Répert. du notariat, v° *Instit. cont.*, n° 50. *Dict. du notariat*, 4e édit., v° *Instit. cont.*, n° 72; Aubry et Rau, t. VI, p. 276 et note 96. *Junge* Paris, 26 janvier 1833; Douai, 28 mars 1835; Limoges, 20 février 1844; Cassat., 11 mars 1834 (Devill., 33, 2, 197, 35, 2, 379, 46, 2, 21, 34, 1, 178).—Mais une telle promesse ne peut être utilement faite que dans les contrats de mariage. Aussi a-t-il été décidé que la clause d'un partage d'ascendant portant que les biens qui se trouveront dans la succession du donateur seront partagés par égales portions entre ses enfants, n'enlève pas à l'ascendant le droit de disposer ultérieurement de ces mêmes biens au profit de l'un de ses enfants par préciput et dans les limites de la quotité disponible. Grenoble, 12 février 1859 (Devill., 60, 1, 552).

(5) Lebrun, *Successions*, ch. 2, liv. 3, n° 13. De Laurière, ch. 7, n° 20. M. Merlin, *loc. cit.*

établit, contracte-t-il l'obligation de ne pas donner à un tiers étranger la portion disponible? Ce qu'il s'est interdit de faire pour maintenir l'égalité entre enfants, peut-il le faire à l'égard d'un étranger?

Un arrêt de la cour de Bordeaux, du 12 mai 1848, a décidé que le père conserve le droit de donner à des tiers (1), et cette opinion est aussi celle de MM. Championnière et Rigaud (2), et de M. Zachariæ (3). On peut argumenter dans le même sens d'un arrêt de la cour de cassation du 15 décembre 1818 (4).

Les faits ont une grande influence sur ces sortes de questions. Consultons avec soin ceux de l'arrêt de Bordeaux.

Dans cette espèce, un sieur Béchade, père de deux filles, avait marié l'aînée au sieur Besse; dans le contrat de mariage de cette dernière, en date du 11 nov. 1816, il avait inséré une promesse d'égalité ainsi conçue : « En faveur » dudit mariage, le sieur Béchade promet à sa dite fille » d'observer, à son égard, une parfaite égalité, dans le » partage des biens de sa succession, sans pouvoir faire » aucune disposition qui diminue sa portion virile, sous » la réserve spécialement de pouvoir disposer au préju- » dice de ladite promesse, 1° en faveur d'Anne Léaud, sa » belle-sœur, de l'usufruit de la portion disponible; 2° en » faveur de qui il voudra, de la somme de 7,000 francs. » Plus tard, c'est-à-dire le 27 août 1847, et pendant que ses deux filles vivaient encore, Béchade intervient au mariage d'une nommée Marguerite, fille naturelle de père et mère inconnus, et il l'institue son héritière universelle; elle épousait un sieur Lagardère. Par cet acte Béchade déclare

(1) 12 mai 1848 (Devill., 48, 2, 622).
(2) T. IV, n° 2951.
(3) T. V, § 739, n° 5.
(4) Devill., 5, 1, 559. *Palais*, t. XIV (1818), p. 1119.

vouloir que la dame Lagardère succède concurremment avec ses deux filles et par égale portion, c'est-à-dire que chacune prenne un tiers de la succession, voulant que le tiers de ladite femme Lagardère s'étende jusqu'à la moitié, si sa fille non mariée vient à prédécéder.

En effet, la fille non mariée est morte en 1840, et Béchade est décédé en 1847.

On devine le débat qui s'éleva entre la dame Besse et la dame Lagardère. La tribunal d'Angoulême le décida en faveur de la première.

Voici son système : Béchade a promis à sa fille de ne rien faire qui pût diminuer sa portion virile ou héréditaire. Or, pour connaître cette portion virile, il faut se reporter au moment du décès; car dans les institutions contractuelles (et Béchade n'a pas fait autre chose), ce n'est pas la date de l'institution qu'il faut considérer; c'est au moment du décès qu'il faut se reporter pour apprécier l'étendue des droits appartenant à l'institué. Or, au moment de son décès, Béchade n'a laissé qu'une fille, son autre fille étant morte. Donc cette fille, la dame Besse, s'est trouvée appelée à recueillir sa succession. C'est donc inutilement que Béchade a voulu instituer la dame Lagardère; il n'a fait que contrevenir à son engagement de ne rien faire qui pût porter atteinte à la portion virile de madame Besse dans sa succession. S'il en était autrement, son institution contractuelle serait de nul effet; il n'aurait rien donné à sa fille. D'ailleurs, il suffit de lire les réserves faites par Béchade d'une somme de 7,000 fr. et d'un usufruit pour Anne Léaud, pour être convaincu qu'il s'interdisait de faire d'autres dispositions au profit d'étrangers.

Appel. — On disait pour la dame Lagardère :

La promesse d'égalité suppose un partage. Mais que devient-elle, quand, par le cours des événements, il n'y a pas lieu à partage? Qu'a fait Béchade? Il a promis l'égalité.

A-t-il manqué à cette promesse? Madame Besse a-t-elle éprouvé un mécompte? Non! son père lui laisse la part virile la plus forte à laquelle elle aurait pu prétendre, s'il y avait eu lieu à partager.

C'est ce système que la cour de Bordeaux a adopté, en faisant remarquer que l'interdiction contractée par Béchade « de diminuer la portion virile » était la même chose que la promesse d'égalité, portion virile et portion égale étant synonymes (1). Il faut lire cet arrêt qui contient une déduction pressante et des arguments très-graves. Le plus fondamental, c'est que le père de famille n'a eu que la pensée d'un partage, d'un concours de deux personnes au moins, et jamais celle d'une institution universelle au profit de sa fille.

2378. Ceci posé, nous ne nous sommes pas trompé quand nous avons dit qu'en cette matière, il est de la plus haute importance de consulter les faits. C'est dans les circonstances particulières de l'espèce et dans la volonté du disposant révélée par les faits, que la cour de Bordeaux a puisé sa décision. Son arrêt repose sur une appréciation de l'intention du père, bien plutôt que sur des principes de droit. C'est ce qu'on peut appeler un arrêt d'espèce (2).

Mais si on se place en dehors des particularités de telle ou telle cause, pour se mettre nettement en face d'une promesse d'égalité, ne peut-on pas dire que le père de famille qui marie son enfant et lui promet l'égalité, ou en d'autres termes qui s'oblige à ne pas faire de disposition en faveur de ses autres enfants, promet à plus forte raison de n'en pas faire à l'égard d'un étranger? Ce père donne une garantie contre les entraînements de l'affection paternelle. N'est-ce

(1) Merlin, Répert., vo *Portion virile.*

(2) L'arrêt de la cour de cassation, du 15 déc. 1818, cité ci-dessus a une analogie parfaite avec celui de Bordeaux.

pas une raison pour qu'on le croie fort contre les tentations des tiers? et n'y a-t-il pas là une volonté claire, qui a été le gage de l'union de deux familles, et qui ne permet pas d'ultérieures libéralités au profit de tiers (1)?

2579. D'un autre côté, si la promesse d'égalité est une véritable institution contractuelle, au moins quand elle est dégagée des circonstances dont nous parlions tout à l'heure, ne doit-on pas lui appliquer la règle de l'art. 1083 du Code Napoléon?

On répond qu'elle n'est qu'une institution restreinte; que, dans la pensée du disposant, il n'a été assuré à l'enfant qu'une part égale à celle de ses frères et sœurs; qu'il doit par conséquent être satisfait, si ceux-ci ne sont pas avantagés, et qu'en demandant la nullité des dons faits à des tiers, il réclame ce qui ne lui est pas promis.

Mais si on y regarde de près, ne voit-on pas que la promesse d'égalité contient virtuellement en soi une assurance dans la portion disponible? N'est-ce pas en laissant cette portion intacte que le père fera subsister l'égalité? Or, s'il a promis qu'elle resterait entière, même malgré toute préférence entre enfants, ne s'écarte-t-il pas de ses engagements, quand il en dispose au profit d'étrangers qu'on devait croire en dehors ou éloignés de ses affections? Supposons que le père ait dit : « Je vous assure une part égale dans les biens » que je laisserai à mon décès. » N'appliquerait-on pas à cette disposition qui reproduit mot pour mot la formule de l'art. 1082, le principe posé dans l'art. 1083? Or, de bonne foi, quelle différence y a-t-il entre cette disposition et la simple promesse d'égalité? Est-ce que la pensée des contractants n'est pas nécessairement reportée sur les biens laissés au décès? Est-ce que, soit qu'on le dise, soit qu'on

(1) Argument d'un arrêt de la cour de cassat., req., 8 déc. 1837 (Devill., 38, 1, 476).

ne le dise pas, ce n'est pas d'une part égale dans les biens qu'il est question entre les parties?

2380. Il est reconnu, du reste, que la promesse d'égalité ne prive pas l'instituant de la faculté de disposer d'une partie de ses biens au préjudice de ceux de ses enfants en faveur de qui la promesse n'a pas été faite. Ainsi dans l'espèce qui précède, si les deux filles de Béchade lui avaient survécu, il eût dû laisser la moitié de sa succession à la dame Besse; mais il eût pu réduire son autre fille à la réserve, et disposer d'1/6e au profit de qui il eût voulu. Les enfants auxquels la promesse d'égalité n'a pas été faite, ne sauraient s'en prévaloir sans mériter le reproche d'exciper du droit d'autrui (1).

2381. Quelquefois la promesse d'égalité se présente comme condition d'une institution contractuelle formelle. Comme par exemple : « Pierre institue sa fille son héritière » pour moitié des biens qu'il laissera à son décès, avec » promesse d'égalité. »

Dans cet état, on demande si Pierre a pu faire plus tard un partage entre ses enfants.

La raison de douter est que, d'après l'art. 1076 du Code Napoléon, le partage d'ascendant se fait par disposition entre-vifs ou testamentaire. Or le père ne peut donner ni léguer à ses enfants ce qui leur appartient déjà, et l'art. 1083 s'oppose à toute disposition à titre gratuit après l'institution contractuelle.

Mais on répond que la libéralité faite par le père ne s'oppose pas à ce qu'il répartisse ensuite par un partage entre ses enfants les valeurs de la succession qu'il leur a assurée. Il suffit qu'il ne s'écarte pas de l'égalité qu'il a promise (2).

(1) Bourges, 18 floréal an XII (Devill., 1, 2, 191).
(2) Cassat., req., 26 mars 1845 (Devill., 47, 1, 120 et suiv).

ARTICLE 1084.

La donation par contrat de mariage pourra être faite cumulativement des biens présents et à venir, en tout ou en partie, à la charge qu'il sera annexé à l'acte un état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation; auquel cas, il sera libre au donataire, lors du décès du donateur, de s'en tenir aux biens présents, en renonçant au surplus des biens du donateur.

ARTICLE 1085.

Si l'état dont est mention au précédent article n'a point été annexé à l'acte contenant donation des biens présents et à venir, le donataire sera obligé d'accepter ou de répudier cette donation pour le tout. En cas d'acceptation, il ne pourra réclamer que les biens qui se trouveront existants au jour du décès du donateur, et il sera soumis au payement de toutes les dettes et charges de la succession.

SOMMAIRE.

2382. De la donation de biens présents et à venir. — Cette espèce de donation, prohibée par le droit commun, est admise en contrat de mariage.

2383. Étude historique de la donation de biens présents et à venir. — Quatre systèmes d'interprétation. — Définition de chacun de ces systèmes.

2384. Premier système. — Raisons qui le justifient.

2385. Raison qui l'ont empêché de prévaloir. — Deuxième système.

2386. Critique du second système.

2387. Troisième système. — Il était dominant dans les pays de droit écrit.—La donation universelle se compose de deux donations distinctes. — Critique.

2388. Quatrième système, issu des pays coutumiers. — La donation universelle embrasse tous les biens laissés au décès à moins que le donataire n'opte pour les seuls biens présents.

2389. L'ordonnance de 1731 a condamné les deux premiers systèmes. —Comparaison et différence des deux autres systèmes entre eux.

2390. L'ordonnance a laissé subsister ces deux derniers systèmes pour ne pas froisser les idées reçues.

2391. Conséquence du quatrième système. — Le donataire universel, qui n'opte pas pour les biens présents, est tenu de toutes les dettes et de la garantie des aliénations. — Arrêts célèbres.

2392. Le donataire, en ce cas, prend tous les biens indistinctement sous la charge des dettes.

2393. Le droit d'option du donataire tient tout en suspens jusqu'au décès du donateur, lequel reste en possession.

2394. La disposition est caduque par le prédécès du donataire.

2395. Opinion de Chabrol en ce sens. —Arrêts qui l'ont sanctionnée même pour les pays de droit écrit.

2396. Suite.

2397. Du système adopté par le Code Napoléon. — Il conserve au donataire la faculté de diviser la donation.

2398. L'option est expressément différée jusqu'à la mort du donateur.

2399. La faculté de diviser n'existe que s'il a été annexé à la donation un état des dettes lors existantes.

2400. Conséquence de ce système. — Effets de la donation du vivant du donateur. — De droit, ce dernier reste en possession et jouissance.

2401. Le donateur peut faire des aliénations à titre onéreux, mais résolubles si le donataire opte pour les biens présents.

2402. Les créanciers du donateur ont le droit de saisir la propriété résoluble de leur débiteur.

2403. Arrêt de Bordeaux déterminé par des circonstance particulières.

2404. Effets de la donation après le décès du donateur. — Du cas où l'état prescrit ayant été annexé, le donataire opte pour les biens présents.

2405. Des dettes qui sont charges des biens présents.
2406. Suite.
2407. Que faut-il entendre par biens présents?—D'une créance d'argent convertie en un immeuble par une dation en payement.
2408. Suite. — Renvoi.
2409. Les enfants substitués à leur père donataire ont la même faculté d'option que celui-ci, et recueillent, en vertu d'un droit propre, même les biens présents.
2410. *Quid* si les enfants ne sont pas d'accord sur l'option?
2411. Du cas où le donataire accepte la donation universelle. La situation est alors la même, que l'état prescrit ait été ou n'ait pas été annexé.
2412. Le donataire doit-il respecter tous les actes du donateur, dettes et aliénations?— Solution des pays de droit écrit.
2413. Solution des pays de coutume.
2414. Droit actuel. — Assimilation, sous ce rapport, du donataire universel et de l'institué contractuel.
2415. Le donataire universel est-il tenu des dettes *ultra* ou *intra vires bonorum* ? Ancien droit. — Le donataire n'était qu'un simple successeur aux biens, tenu *intra vires*.
2416. Sous le Code Napoléon la solution est la même.
2417. Arrêt. —Conciliation de cette jurisprudence avec celle relative au légataire universel.
2418. Suite. —Le donataire universel n'est qu'improprement regardé comme *loco hæredis*.
2419. Pour n'être tenu qu'*intra vires*, faut-il que le donataire ait fait inventaire?
2420. Autorités anciennes dans le sens de la négative.
2421. Autorités plus considérables pour l'affirmative.
2422. Solution de la question sous le Code Napoléon. — Le défaut d'inventaire fait présumer la suffisance des biens pour payer les dettes.
2423. Suite. — Le donataire peut combattre cette présomption.
2424. Suite. — Arrêt conforme.
2425. Quelles espèces de preuve peut produire le donataire, pour suppléer à l'inventaire?
2426. Le donataire d'une quote n'est tenu que d'une part proportionnelle des dettes.
2427. Arrêt que l'on cite à tort en sens contraire.

2428. Le donataire universel n'est pas forcé de demander la délivrance. Il est saisi par son contrat.
2429. Jurisprudence conforme.
2430. Conséquence de la saisine du donataire.
2431. Le donataire universel peut-il, avant la mort du donateur, renoncer à la donation ou contracter sur les choses données? Non.
2432. Ce même donataire peut-il après avoir, le donateur étant mort, accepté les biens à venir, les répudier et s'en tenir aux biens présents? Non.
2433. Arrêt contraire de Grenoble sur des faits antérieurs au Code Napoléon.
2434. Comparaison entre la donation universelle et l'institution contractuelle.
2435. On peut faire deux donations, l'une de biens présents, l'autre de biens à venir. Ce n'est pas une donation cumulative.
2436. Exemple. — Conséquences.
2437. Suite.
2438. Les parties peuvent modifier la donation de biens présents et à venir. — Exemple.
2439. Qui peut faire une donation cumulative?—Dans quel acte peut-elle être faite?
2440. Au profit de qui peut-elle être faite?
2441. De l'état des dettes et du détail qu'il doit contenir.
2442. Aucune circonstance ne dispense de l'annexe de cet état de dettes;
2443. Pas même la mise du donataire en possession des biens présents, à moins qu'il n'y ait deux donations entièrement distinctes.
2444. Un état des meubles n'est pas nécessaire lors même que le donataire opte pour les biens présents.
2445. Caractère de la donation de biens à venir. — Similitude avec l'institution contractuelle.

COMMENTAIRE.

2382. Après avoir parlé des donations de biens présents faites aux époux par contrat de mariage, et de l'institution contractuelle ou don de succession, le Code s'occupe d'un troisième ordre de dispositions, à savoir de la donation universelle de biens présents et à venir qu'un tiers peut faire à

l'un des futurs ou à tous les deux, par leur contrat anténuptial. L'art. 1084 est consacré à ce sujet. Il est absolument conforme à l'art. 17 de l'ordonnance de 1731, si ce n'est qu'il exige de plus l'annexe d'un état des dettes et charges, destiné à marquer la ligne qui sépare l'actif présent de l'actif éventuel.

Comme les donations par contrat de mariage sont les plus favorables, et qu'on a cherché à leur donner toute la latitude possible, afin d'encourager les citoyens à l'union conjugale par des libéralités qui donnent à la famille plus de dignité et plus d'aisance, on n'a pas vu d'inconvénient à admettre en faveur des futurs époux les donations universelles des biens présents et à venir, bien qu'elles soient prohibées en toute autre matière par le droit commun (1). On sait que la maxime *donner et retenir ne vaut* n'a pas lieu dans les donations par contrat de mariage, où certains caractères testamentaires viennent se mêler à la libéralité entre-vifs (2). On ne choque donc en aucune manière les principes qui, dans les autres cas, ont fait rejeter la donation universelle, non-seulement comme une source de trouble dans les familles, de repentir et de regret pour le donateur, mais encore comme une violation de la règle qu'en donnant, il ne faut pas pouvoir empêcher l'effet de sa libéralité (3). L'ordonnance de 1731, qui, plus encore que le Code Napoléon, avait proscrit les donations de biens présents et à venir, les avait autorisées dans le contrat de mariage (4), ainsi que quelques coutumes l'avaient fait expressément (5). Le Code a

(1) Art. 943, C. Napoléon.

(2) *Supra*, n° 2341.

(3) V. *supra*, sous l'art. 943, n° 1193 et suiv., ce que nous avons dit sur la prohibition des donations de biens présents et à venir.

(4) Art. 17.

(5) Bourbonnais, t. XIX, art. 210. Voy. le Commentaire de l'abbé Auroux des Pommiers.

voulu suivre cet exemple : la faveur des mariages; si grande dans nos mœurs, explique suffisamment cette exception.

2383. Mais quel est le caractère vrai de la donation universelle, ainsi légitimée dans les contrats de mariage? Cette question est la plus grave que présente le commentaire de notre article. Pour la résoudre, il faut voir les vicissitudes que ce genre de libéralités a subies jusqu'à ce jour; il faut étudier les points de vue si divers d'où elle a été envisagée par les jurisconsultes. Cette recherche est intéressante; elle est indispensable. Nous allons nous y livrer.

En remontant aussi haut que possible, on trouve que quatre systèmes se sont produits sur la physionomie de la donation universelle de biens présents et à venir, et que tous ont eu des partisans sérieux et un nombreux cortége d'imposantes autorités.

Et d'abord, un premier système considérait la donation des biens présents et à venir comme une donation entre-vifs proprement dite, qui rendait le donataire immédiatement propriétaire des biens que possédait le donateur, et, dans l'avenir, propriétaire des biens qu'aurait le donateur au fur et à mesure de leur acquisition.

Suivant une seconde opinion, la donation des biens présents et à venir était une donation à cause de mort, n'attribuant au donataire de droit que sur la succession du donateur.

Un troisième système voyait en elle deux donations distinctes : l'une, des biens présents, ayant un effet actuel et irrévocable; l'autre, des biens à venir, dont l'effet était différé jusqu'à la mort du donateur, et qui s'appliquait seulement aux biens qu'aurait le donateur à cette époque.

Enfin un quatrième système, combinant les deux dernières opinions, considérait la donation de biens présents et à venir comme une donation formant originairement un

seul tout; et néanmoins, cette donation conservait quelque chose d'incertain jusqu'à la mort du donateur, moment où elle pouvait subir une transformation et prendre un caractère nouveau par la volonté du donataire, qui pouvait soit l'accepter en entier et sans division, soit s'en tenir aux biens présents. Acceptée purement et simplement, elle rentrait dans les idées défendues par le troisième système; réduite aux biens présents par l'option et la division du donataire, elle participait de la nature que le second système lui assignait.

Nous verrons plus tard que le Code Napoléon a créé un cinquième système, qui se rapproche beaucoup de ce dernier. Mais avant d'y arriver, il faut que nous suivions la marche et les progrès de ces quatre manières de voir.

2384. La première était incontestablement la plus logique et la mieux d'accord avec les principes purs de la donation entre-vifs, telle que la concevait le droit romain; elle avait surtout de nombreux partisans dans les pays gouvernés par ce droit. Pourquoi les jurisconsultes de ces contrées voulaient-ils, en grand nombre, que la donation de tous biens présents et à venir fût nulle, si le donateur ne s'y réservait la libre disposition du vingtième (1)? Pourquoi d'autres exigeaient-ils que le donateur, pour ne pas mériter le reproche de folie et ne pas se condamner à la plus insupportable misère, se réservât l'usufruit de ses biens (2)? N'était-ce pas parce que la donation leur paraissait avoir pour conséquence de dessaisir le donateur successivement de tous ses biens présents et à venir, de son vivant? De Laurière a très-bien exprimé et résumé cette opinion, quand il a dit (3) : « Toute

(1) *Supra*, n° 1193.

(2) *Maximam et intolerabilem miseriam . . . . . adeoque infeliciter vivere debeat.* (Fachin, *Controv.*, lib. 6, c. 87.)

(3) *Instit. contr.*, ch. 4, n°s 67 et suiv.

» cette difficulté se réduit au seul point de savoir si celui » qui a fait donation pure et simple de ses biens présents et » à venir peut être contraint d'en faire la tradition de son » vivant. S'il peut y être contraint, il a préféré le donataire » à lui-même, la donation est entre-vifs ; sinon, il sera pré- » féré au donataire, la donation est à cause de mort.

» L'on ne peut nier que les biens à venir, quand une fois » ils sont acquis, ne doivent être considérés comme des » biens présents ; or il est de la dernière certitude que le » donataire des biens présents et à venir peut contraindre » le donateur de lui faire la tradition des biens présents,... » par conséquent le donataire a la même action pour con- » traindre le donateur de lui faire la tradition des biens à » venir, dès que le donateur les a acquis. Ce qui a été très- » bien observé par Vaudus (1). »

Dans cet ordre d'idées, le donateur était donc lié irrévocablement ; il devait se dessaisir. Les biens présents passaient immédiatement au donataire; et quant aux biens à venir, celui-ci pouvait se les faire délivrer au fur et à mesure des acquisitions. Seulement, si, pour pourvoir à ses besoins, le donateur croyait devoir aliéner quelques-uns de ses biens, il devait assigner le donataire, pour être autorisé à user de ce bénéfice de compétence et pour voir fixer la part à distraire.

Nous répétons que tout cela est d'une logique satisfaisante, en se plaçant dans les termes où Justinien avait mis la donation entre-vifs (2). L'interprétation naturelle des mots conduit à ces résultats, quelque rigoureux qu'ils soient. Donner ses biens à venir, c'est donner les biens qu'on acquerra, dès qu'ils seront acquis ; de même qu'hypothéquer

(1) Lib. 1, quæst., c. 31, n° XI.
(2) *Supra*, n° 1193.

ses biens à venir, c'est grever du droit de préférence et de suite ses biens postérieurement acquis du moment de leur acquisition (1). Or, ce qui est consacré par la loi pour les hypothèques, ne saurait passer pour illégal et impossible, quand il s'agit de donation (2). C'est ainsi du reste que la donation universelle était envisagée par la coutume de Sédan (3), qui voulait que la donation des biens présents et à venir fût valable pour tous les biens dont le donataire avait été ensaisiné du vivant du donateur.

2385. Mais il eût été difficile que ce système devînt populaire dans la France coutumière, qui, en général, ne voyait pas avec faveur les donations entre-vifs (4). On sait que le sentiment le plus accrédité parmi les jurisconsultes critiques condamnait, de droit commun, les donations de biens présents et à venir, comme contrevenant à la règle *Donner et retenir ne vaut*, et qu'on ne les admettait qu'en contrat de mariage.

Or, pourquoi réprouvait-on les donations de biens présents et à venir comme violant le principe de l'irrévocabilité de la donation? Nous l'avons dit ci-dessus (5), parce qu'il semblait qu'en donnant ses biens à venir, le donateur avait entendu se reporter au temps de sa mort; parce qu'il était censé avoir voulu par là que son décès fixât, seul, l'émolument transmissible au donataire, et que, par conséquent, avant cet événement, le droit du donataire restait incertain et subordonné aux actes de sa volonté.

Et comme quelques arrêts, inclinant vers l'opinion la plus équitable et préférant la validité à la nullité de l'acte, avaient

(1) De Laurière, *loc. cit.*, no 64.
(2) *Junge*, Boucheul, *des Conventions de succéder*. ch. 1, no 28.
(3) Art. 112.
(4) Loisel, 4, 4, 14. *Supra*, no 1194.
(5) *Supra*, no 1194.

converti les donations entre-vifs de biens présents et à venir en donations à cause de mort (1), plusieurs jurisconsultes, sans trop y réfléchir, transportèrent dans les donations universelles, parfaitement permises en faveur du mariage, une interprétation qui n'était qu'un biais pour sauver des donations défendues ; ils virent une régle là où il n'y avait qu'un expédient, et se laissèrent entraîner à dénaturer le caractère normal de libéralités faites aux époux, en les assimilant pour le tout à des donations à cause de mort, ou, pour mieux dire, aux institutions contractuelles. Tel est le sentiment de Ricard (2), qui, après avoir dit que celui qui a fait une institution contractuelle, n'ayant donné que sa succession, peut toujours disposer de ses biens comme un bon père de famille, ajoute : « Il faut dire la même chose, lorsque la » donation est de tous les biens présents et à venir, parce » qu'elle ne diffère presque que de nom de l'institution con- » tractuelle d'héritier, comprenant l'une et l'autre les mêmes » biens. »

Lebrun est du même avis (3) ; on sait que cet auteur était partisan de la validité des donations de biens présents et à venir, qu'il les considérait en principe « comme contenant » un événement incertain et le revenant bon au temps du » décès, lequel ne pouvait être ôté au donataire. » Il ne pouvait dès lors concevoir que le donataire eût, pendant la vie du donateur, un droit à être mis en possession des choses données ; la donation n'était pour lui qu'un don de ce qui se trouvera au décès (4), qu'une institution contractuelle faite en dehors du contrat de mariage (5), qu'une

(1) Ferrières sur Paris, art. 272, glose 2, nos 53, 54. Brodeau sur Louët, lettre D., somm. 10, no 6.

(2) *Donat.*, part. 1, ch. 4, sect. 2, dist. III, no 1063.

(3) *Trait. des succ.*, liv. 4, ch. 2, sect. 2, no 32 et suiv.

(4) No 34.

(5) No 39.

sorte de moyen de se faire un véritable héritier (1). Aussi disait-il expressément : « Supposé que quelqu'un eût donné » ses biens présents et à venir sous réserve expresse d'usu- » fruit, il est très-certain que le donataire ne pourrait pas » prétendre dépouiller le donateur de ses biens présents, et » qu'il ne pourrait pas lui venir ôter tout ce qu'il aurait, en » renonçant à ce qu'il pourrait acquérir. L'on n'écouterait » pas même un donataire qui élèverait une prétention si » insolite. » Ces paroles sont remarquables ; elles révèlent l'esprit des jurisconsultes coutumiers, cherchant à atténuer les effets légitimes de la donation universelle, donnant des armes au donateur contre un donataire qui se serait montré trop attaché à la lettre de son titre. Ils ne veulent pas que le donataire ait raison contre son bienfaiteur. Ils le condamnent à attendre le décès de ce dernier, pour jouir du bénéfice d'une donation qualifiée entre-vifs.

Maintenant si, de ces idées de Lebrun, nous voulons tirer des conséquences pour ce qui concerne les donations universelles par contrat de mariage, nous devons conclure que, ce qu'il exposait ainsi comme règle de la matière, il l'appliquait à plus forte raison à cette espèce de libéralité. Nous le verrons cependant plus tard hésiter en présence de l'opinion du Palais.

2386. Quoi qu'il en soit, il y avait, dans le deuxième système que nous venons d'exposer, une exagération palpable. Il faisait sortir un héritier d'un acte qui n'avait voulu faire qu'un donataire, et, sous prétexte du don des biens à venir, il effaçait jusqu'au dernier vestige de la donation des biens présents. Ce n'était pas là le véritable correctif à l'excès du système opposé. Celui-ci péchait par le *summum jus ;* celui-là, par un trop grand relâchement du droit. Il restait tou-

(1) *Loc. cit.*

jours à résoudre le problème de concilier les deux éléments sans les absorber l'un par l'autre. Il fallait tenir compte de ce qu'il y avait de présent dans la donation, sans méconnaître le sens que les idées françaises attachaient en général à la donation des biens à venir.

Pour parvenir à ce but deux autres systèmes se produisirent, l'un particulièrement préféré en France dans les pays de droit écrit, l'autre issu des pays de coutume.

2387. Dans les pays dominés par le droit écrit (c'est le troisième système dont nous avons parlé ci-dessus), on considéra que deux donations se trouvaient juxtaposées dans la donation universelle; les biens présents étaient réputés être l'objet d'une donation entièrement distincte de la donation des biens à venir; cette donation de biens présents avait un effet actuel et irrévocable au moment même de la célébration du mariage, de telle sorte que le donateur était forcé d'abandonner, de son vivant, au donataire, les biens qu'il avait au jour de la donation, à moins qu'il ne s'en fût réservé la jouissance. Quant aux biens à venir, la donation était subordonnée au décès, et elle restait en suspens jusqu'à cette époque. Le donateur pouvait la diminuer par ses dettes, mais non par ses aliénations à titre gratuit (1).

« Comme la donation, dit Henrys (2), contient deux sor-
» tes de biens, les présents et futurs, quelle répugnance y
» peut-il avoir de dire que c'est une double donation ?
» Qu'en effet le donateur entend se dépouiller dès lors des
» biens qu'il a, en payant les dettes qu'il a faites. Mais
» que pour les biens à venir il entend qu'il demeure au
» choix de son donataire de s'en prévaloir en payant les det-
» tes qui seront à l'avenir contractées. »

(1) Furgole, sur l'art. 17 de l'ordonn. 1731. *Infra*, no 2412.
(2) T. II, liv. 4, *quest.* 183.

Mais écoutons Furgole (1) : « La donation de tous les » biens présents et à venir est parfaite, à l'égard de tous les » biens présents, au moment qu'elle est faite, et doit être » exécutée d'abord, s'il n'y a quelque clause qui en sus- » pende l'effet, comme la réservation de l'usufruit; mais » pour les biens à venir, elle n'est parfaite que par la mort » du donateur et jusqu'à ce temps-là son exécution est » suspendue (2). » Notez que, lors même que le donateur suspendait l'effet de la donation en tant que s'appliquant aux biens présents, il n'était pas moins dans l'impossibilité d'aliéner à titre gratuit et même à titre onéreux les biens présents; il ne pouvait ni les vendre, ni les échanger, ni les hypothéquer (3).

Rapprochez ceci de ce que nous avons dit sur la doctrine des pays de droit écrit relativement à l'institution contractuelle et aux reconnaissances d'héritier principal (4), et vous apercevrez l'analogie des idées, la pensée constante de ramener, autant que possible, la disposition aux termes d'une donation entre-vifs et de l'assujettir à la même irrévocabilité. On transige à la vérité avec le second système, quant aux biens à venir; on se plie au caractère que les idées françaises leur assignent. Mais on dégage les biens présents du mélange des biens à venir, et on reste à leur égard, dans les principes du premier système.

En dessaisissant le donateur de la propriété de ses biens présents et même de la possession de ces biens, à moins que le donateur ne s'en fût réservé l'usufruit, on arrivait à un résultat rigoureux. Car il ne lui restait que l'espérance incertaine de gagner encore de quoi vivre ou de recueillir des

(1) Sur l'art. 17 de l'ordonn. de 1731.
(2) V. Aussi le nouveau Denizart, v° *Donat. par contrat de mariage*, § 4.
(3) Chabrol sur Auvergne, ch. 14, art. 26, sect. 13. *Infra*, n° 2396.
(4) *Supra*, n° 2349.

successions. Cette dure extrémité pouvait peut-être résulter des principes rigoureux de la matière; mais elle était de nature à paralyser les donations universelles en faveur de mariage; elle traitait trop sévèrement le donateur, qui, en pareil cas, veut moins se dépouiller actuellement qu'assurer des avantages après lui. Les pays coutumiers, toujours peu favorables aux donations, ne se plièrent donc pas à ce troisième système. De là le quatrième système qui nous reste à exposer.

2388. On se rappelle que, suivant Ricard, Lebrun et autres, la donation des biens présents et à venir ne produisait d'effet qu'après la mort du donateur, et que le donateur conservait la jouissance de tous ses biens jusqu'à sa mort. Mais comme ces auteurs assimilaient la donation universelle à une institution contractuelle, ils n'admettaient pas, surtout Ricard, que le donataire pût diviser la donation, c'est-à-dire s'en tenir aux biens présents et abandonner les biens à venir. Puisque l'institué contractuel est obligé d'accepter pour le tout ou de répudier pour le tout, ainsi qu'un héritier, le donataire universel qui, dans cet ordre d'idées, a tant d'analogie avec l'institué contractuel et l'héritier, ne peut pas plus accepter pour partie que ceux-ci. Mais, nous le disions tout à l'heure : que devient dans ce système la partie présente de la donation ? Pourquoi la fait-on entièrement disparaître dans la donation des biens à venir? Là était le vice de cette doctrine; pour le corriger, il fallait faire plus d'état de la donation des biens présents et lui faire jouer un rôle dans les effets attachés à cet acte. Il n'était pas nécessaire sans doute, d'effacer le droit du donateur de rester en possession de tous ses biens; il ne fallait pas choquer, à cet égard, les répugnances coutumières. Mais, tout en respectant cette prérogative du donateur, il était injuste de réduire au rôle d'héritier celui qui n'était qu'un donataire,

et de le traiter comme s'il ne lui eût été donné que des biens à venir, sans mélange de biens présents. Que devait-on faire en conséquence? une chose bien simple : permettre au donataire de dégager les biens présents, de les isoler des biens à venir et d'opter au décès du donateur pour ce seul émolument. S'il lui convenait d'accepter la donation pour le tout, il était maître de le faire, et alors sa situation avait de grandes analogies avec celle de l'héritier contractuel. Mais cette situation ne lui était pas nécessairement imposée; elle résultait de son option. Que si, au contraire, il croyait devoir préférer les biens présents, il rentrait dans la classe des vrais donataires entre-vifs, et l'élément présent de la donation apparaissait avec la plus grande énergie.

Brodeau est un des premiers qui aient mis en lumière cette idée qu'il avait puisée dans l'étude attentive des arrêts. Voici ses paroles (1) : « Quand la donation est faite par le » contrat de mariage aux enfants à naître d'iceluy, ou à » l'un d'eux, de tous les biens présents et à venir, il est au » pouvoir du donataire, *rebus integris*, pour se décharger » des dettes subséquentes de la donation, de la restreindre » en l'acceptant, et de se tenir aux biens présents, c'est-à- » dire à ceux qui appartenaient au donateur au temps de la » donation, et renoncer aux autres, parce que ce sont en effet » deux donations faites par un même acte, et comme dit la » loi 29 D. *De verbor. oblig. : tot sunt stipulationes, quot res.* »

» Il est bien vrai que cela n'a pas lieu *in legatis* (2); mais » autre chose est des donations universelles, suivant » Chopin (3).

» ..... Mais le donataire ne peut diviser la donation quand » les choses ne sont plus entières. Comme, par exemple,

(1) Sur Louët, lett. D, somm. 69, nos 3 et 4.
(2) L. 4 et 5, D., *De legatis*, 2°.
(3) *De morib. Paris*, t. III, n° 23.

» quand le donataire majeur, *sui juris*, APRÈS LE DÉCÈS DU » DONATEUR, a accepté la donation purement et simplement » et sans aucune protestation; auquel cas ayant consommé » l'option, il n'est plus recevable à varier, ni à vouloir sé- » parer et diviser la donation et la restreindre aux biens » présents, pour se libérer et décharger des dettes contrac- » tées depuis (1). »

Lebrun, dont nous avons rapporté ci-dessus l'opinion contraire, convient que de son temps le Palais inclinait pour la divisibilité de la donation, et il reconnaît que cet avis est assez favorable dans les contrats de mariage (2).

Enfin Pothier (3) nous présente ce résumé lucide du dernier état de la doctrine coutumière sur cette matière : « On » peut donner par contrat de mariage ses biens à venir. On » peut aussi donner ses biens présents et à venir, et il est » au choix du donataire, lors de la mort du donateur, de » prendre la donation en entier, en se chargeant de toutes » les dettes du donateur, tant faites depuis qu'avant la do- » nation; ou de se restreindre aux biens qu'avait le dona- » teur lors de la donation, pour se décharger des dettes » faites depuis. »

2389. On voit que, dans ce quatrième système comme dans le troisième, on trouve la notion de deux donations distinctes et divisibles. Hâtons-nous de dire que l'ordonnance de 1731, par son art. 17, l'avait expressément consacré, et que par là les deux premiers systèmes se sont trouvés condamnés. Mais empressons-nous aussi d'ajouter que le troisième système n'entendait pas la division de la même manière que le quatrième. D'après le troisième système, la distinction et la division étaient substantielles et originaires;

(1) Arg. de la loi 20, D., *De optione legata*.
(2) *Success.*, 3, 2, 2, 42.
(3) Cout. d'Orléans, tit. 15, intr., nº 26.

il y avait *a priori* dans la donation deux donations diverses, pour me servir d'un mot d'Henrys (1), l'une actuelle, irrévocable, opérant au moment de l'acte et ouvrant, dès cet instant, une action même contre le donateur (2); l'autre à cause de mort, révocable, n'étant susceptible d'acceptation et de répudiation qu'au décès du donateur (3), et laissant subsister, au profit du donataire, la faculté de la répudier, à cette époque, malgré l'acceptation qu'il aurait pu faire, du vivant du donateur, de la donation de biens présents, et malgré sa persistance à en conserver le bénéfice (4).

Au contraire, dans le quatrième système, la donation universelle ne forme originairement qu'un seul tout; la générosité du donateur a fait un ensemble de sa fortune, qu'il a voulu faire passer sur la tête du donataire, non pas pour l'en saisir tout de suite, mais pour qu'il entre en jouissance à son décès. Seulement, comme la libéralité ne saurait être onéreuse au donataire, et qu'on ne peut supposer que le donateur ait voulu le jeter dans les embarras, on permet à ce donataire de séparer les biens présents des biens à venir et de faire, après le décès du disposant, une division que ce dernier approuverait certainement lui-même, s'il était vivant, ne voulant pas que son bienfait fût inutile. Cette division est motivée sur la diversité des deux natures de biens; elle rentre dans la pensée bienfaisante du donateur et dans l'ordre de ses prévisions subsidiaires; car s'il eût entendu qu'une telle option fût ôtée au donataire, il l'eût institué contractuellement et ne lui aurait pas fait une donation; il l'eût fait son héritier et non pas son donataire.

2390. Voilà la différence des deux systèmes; elle est capitale : et néanmoins l'ordonnance de 1731 s'est abstenue

(1) 4, 183, nº 9.
(2) Voyez l'espèce de l'arrêt rapporté par Henrys.
(3) Henrys. *loc. cit.*
(4) V. la même espèce.

de se prononcer pour l'un plutôt que pour l'autre. Cette ordonnance s'adapte à tous les deux et en consacrant la faculté de diviser la donation universelle, elle laisse intactes les idées opposées qui dominaient le caractère de cette option dans les pays de droit écrit et dans les pays coutumiers. Est-ce là une omission involontaire, ou un silence calculé? Nous croyons que l'ordonnance de 1731 a eu ses raisons pour ne rien dire. En préférant un système à l'autre, elle aurait préjugé des points de droit considérables touchant les institutions contractuelles et blessé des principes et des habitudes enracinées. Dans les pays de droit écrit, on ramenait les institutions contractuelles à la nature des donations universelles; dans les pays de droit coutumier, on faisait incliner les donations universelles vers la nature des institutions contractuelles. Or décider, contre les idées des pays de droit écrit, que le donateur restera maître de ses biens présents et qu'il pourra les vendre et les aliéner, c'eût été faire, pour ce genre de disposition, ce que l'on n'admettait pas pour les institutions contractuelles auxquelles elles servaient de type. C'eût été particulièrement froisser les notions reçues sur les priviléges du testament et communiquer ces priviléges à la donation. D'un autre côté, vouloir, contre les pays de droit coutumier, que le donateur eût les mains tellement liées par la donation universelle qu'il ne pût s'aider de ses biens présents, c'eût été blesser les sentiments existants à l'égard des donations et contrecarrer des pratiques invétérées dans les populations. L'ordonnance s'est donc abstenue; elle se plie aux deux systèmes. Le donataire a-t-il été mis en possession des biens présents, comme le voulait Henrys, par un usage dont l'ordonnance elle-même semble reconnaître l'existence (1)? Il est saisi; le donateur est dépouillé; il ne peut

(1) Art. 15, argum. de ces mots : « Encore que le donataire eût été mis » en possession du vivant du donateur. »

aliéner ce qui n'est plus en sa possession, ce qui n'est plus à lui. Ou bien, n'est-il pas encore dessaisi, et s'avise-t-il de faire des aliénations et des dettes qui diminuent la donation de biens présents? Le donataire a une action contre le donateur; il peut, même du vivant du donateur, séparer le présent de l'avenir et sauver le premier, sans qu'on lui oppose les obligations résultant de la donation des biens à venir, laquelle est encore en suspens et qu'il pourra répudier au décès. Ainsi donc les principes des pays de droit écrit sont sauvegardés, et la donation universelle conserve la physionomie qui lui est naturelle dans ces contrées et qui s'est reflétée dans l'institution contractuelle telle qu'ils la conçoivent.

Maintenant, supposons que la donation universelle ait lieu en pays coutumier, et que le donateur, suivant l'usage, reste en possession des biens présents. Il peut si bien les vendre, les engager et s'en aider conformément aux idées admises, que le donataire, qui, après son décès, a accepté la donation purement et simplement, et qui, par là, est tenu de toutes les dettes, d'après l'art. 17 de l'ord., devient par cela même garant des aliénations et est tenu de les faire valoir. Il ne faut rien moins que la division réclamée après le décès du donateur, pour que, s'en tenant aux biens présents lors de la donation, il échappe aux dettes postérieures contractées par le donateur.

C'est ainsi qu'à l'ombre de l'ordonnance de 1731 et de sa neutralité, les deux derniers systèmes ont vécu jusqu'au Code Napoléon, en restant chacun dans leurs limites, et en conservant, malgré un point de contact considérable, les diversités de leur caractère.

2391. Ceci posé, il convient maintenant, d'insister sur les conséquences les plus saillantes du 4e système, bien qu'on puisse dès à présent les pressentir. Ceci est d'autant plus

nécessaire que ce système est celui dont le Code Napoléon se rapproche davantage, et que par ce détail nous préparerons la connaissance des doctrines dont la loi nouvelle a voulu s'inspirer.

Et d'abord, nous répétons que la donation de tous biens est une, avant l'option du donataire ; qu'elle forme un bloc de l'actif et du passif jusqu'au décès du donateur, et qu'elle n'est pas divisible avant cet événement; que si le donataire ne fait pas son choix, après la mort du donateur, en faveur des biens présents, il est tenu de tous les actes par lesquels le donateur a vendu, échangé, hypothéqué, créé des dettes (1). Ceci paraît contraire au premier coup d'œil à la nature et à l'esprit de la donation et surtout à la partie de la donation qui touche aux biens présents. Mais, en y réfléchissant, tout s'explique par une raison bien simple : le donataire, ayant accepté les biens en masse et sans division, est tenu de toutes les charges et dettes, puisqu'il prend tout l'émolument.

C'est ce qui résulte de la jurisprudence du parlement de Paris, telle qu'elle se fixa après quelques hésitations. Louet (2), en effet, se demande « *an donatarius universalis,* » *vel per modum quotæ omnium bonorum, teneatur ad de-* » *bita?* » C'a été une grande question, dit-il, et il donne la raison de la négative : « autrement il serait en la puissance » du donateur de rendre la donation inutile. » Il ajoute que c'est ce qui a été jugé « *novissime*, en la cause célèbre, » plaidée au parlement, entre la reine Marguerite duchesse » de Valois et les créanciers de la reine mère Catherine de » Médicis pour le comté de Clermont; la provision a été » adjugée contre les créanciers, *etiam* qu'il n'y eût aucun » héritier, en mai 1606. »

(1) *Infra*, n° 2413.
(2) Lettre D, somm. 69.

» Cet arrêt fut prononcé, ainsi que le rapporte Brodeau, » par M. le président de Harlay, la cause ayant été plaidée » cinq matinées entières par Me Omer Talon pour la reine » Marguerite, Me Dollé pour Pierre Cadot, syndic des créan- » ciers de la reine Catherine de Médicis, et M. l'avocat géné- » ral Servin. »

Servin nous a conservé (1) les conclusions qu'il a données dans cette cause comme avocat général. Elles sont très-longues, hérissées de citations, embarrassées de digressions, écrites d'un style emphatique. Nous en extrayons ce qui est nécessaire à faire comprendre quelle était la nature de la donation qu'invoquait la reine Marguerite. Cette donation résultait d'une clause du contrat de mariage du duc d'Orléans, depuis Henri II, avec Catherine de Médicis. Il y était dit : « Que le fils aisné qui viendroit du futur mariage, » pourvu qu'il fust propre à la milice, entreroit à l'hérédité » paternelle et maternelle, à condition qu'il bailleroit por- » tion légitime à ses frères et dot à ses sœurs. — Que s'il » advenoit que, n'y ayant aucun enfant mâle, l'hérédité » tombast à filles, icelles filles partiroient les biens entre » elles également... Ce qui même auroit été accordé, conclu, » confirmé par stipulation entre les futurs mariés, autre- » ment par donation entre vifs irrévocable ou par autre » meilleur moyen que faire se pourroit.... Que la future » épouse, si elle survivoit, recouvreroit sa dot, sous cette » paction qu'elle donneroit, par donation entre vifs irrévo- » cable dès à présent, aux enfants du mariage, les susdits » immeubles avec le résidu de ses biens. »

De ces clauses combinées il résultait une donation de biens présents et à venir au profit de Marguerite de Valois pour le cas (qui s'est réalisé) du prédécès de ses frères. — Les

(1) Liv. 2, plaid. 48.

créanciers soutenaient que telles pactions de succéder s'étendaient seulement aux biens que la donatrice devait laisser par son décès, et que telles conventions n'empêchaient pas que le disposant ne pût aliéner son bien entre vifs (1). Ces créanciers étaient très-favorables ; ils étaient les anciens serviteurs de Henri II et de Catherine. Néanmoins Servin fut d'avis que les créanciers de la feue reine mère ne pouvaient pas s'adresser à la reine Marguerite, laquelle n'était pas tenue de les satisfaire, puisqu'elle n'était pas héritière de la défunte reine et ne prétendait pas à ses biens à titre successif, mais comme substituée par contrat de donation faite au traité de mariage d'icelle reine sa mère, et il conclut à ce que Marguerite fût mise en possession des biens donnés, sans aucune charge ni garantie de dettes, hypothèques ni autres obligations ou aliénations faites depuis icelui contrat de mariage.

Et comme le syndic des créanciers s'était mis en possession des biens de Catherine de Médicis, la cour jugea que ces biens devaient être provisoirement restitués à la reine Marguerite, au profit de laquelle la substitution contenue dans la donation entre-vifs, faite par ledit contrat de mariage du roi Henri II, fut déclarée ouverte. Notez, pourtant, que dans l'arrêt de 1606 il n'y eut rien de décidé définitivement en ce qui concernait le payement des créanciers.

Mais plus tard le droit des créanciers fut positivement reconnu, et Brodeau nous apprend qu'il y eut arrêt définitif à leur profit, donné en la grand'chambre, au rapport de M. Deslandes, le 7 septembre 1618 (2).

(1) *Ibid.*, p. 455.

(2) *Junge* Brillon, qui résume en ces termes l'arrêt définitif : « jugé le 23 » février 1608 en la cause de la reine Marguerite et de Pierre Cadot, syndic » des créanciers de la reine Catherine de Médicis, que la donation de biens » présents et à venir n'empêche pas de vendre et créer des dettes. »

Cet arrêt, rendu dans une circonstance solennelle, paraît avoir fixé la jurisprudence (1).

L'art. 17 de l'ordonnance de 1731 l'a consacré, et la doctrine est restée imbue de cette idée. « Le donataire des » biens présents et à venir, dit Pothier, étant tenu de toutes » les dettes du donateur, lorsqu'il ne s'est pas tenu aux biens » présents, il ne peut répéter contre les tiers acquéreurs ceux » que le donateur aurait aliénés depuis la donation; car il » est tenu de l'obligation de garantie que le défunt donateur » a contractée envers eux, et par conséquent non recevable » dans la demande qu'il formerait contre eux, suivant la » règle *quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit* » *exceptio.* » De là, cette règle fondamentale dans le quatrième système, à savoir, que le donateur de tous biens présents et à venir peut s'aider de son bien, et que le donataire est lié par ses actes à titre onéreux, à moins qu'au décès il ne scinde la donation et qu'il n'opte pour les biens présents.

2392. Par la même raison le donataire qui n'a pas répudié les biens à venir, ne peut pas prendre, à un autre titre et sans charge de dettes, les biens présents. Il accepte la masse à peu près comme un héritier; il la possède avec la confusion des biens présents et des biens à venir, et comme le revenant bon total, qui lui a été donné *ab initio*, avec toutes les incertitudes d'une donation testamentaire. « L'or- » donnance, dit le nouveau Denizart (2), conserve en partie » l'indivisibilité du titre du donataire. Elle ne considère » pas la donation de biens présents et à venir, comme deux » donations distinctes et séparées, qui aient chacune leurs » charges particulières.

(1) V. un arrêt du parlement du 15 mars 1658, dans Brodeau sur Louët, lettre D, somm. 6, n° 7, et dans le journal des aud., t. I, liv. 9, ch. 36.

(2) V° *Donat. par contrat de mariage*, § 4.

» Le donataire est obligé de payer la totalité des dettes » antérieures et postérieures jusqu'à concurrence de la masse » entière des biens acquis par le donateur, soit avant, soit » depuis la donation..... à moins qu'il ne s'en tienne aux » biens présents. »

2393. D'un autre côté, s'il est vrai que le défaut d'option laisse la donation avec son caractère d'unité, d'universalité, de masse homogène *a priori*, il n'est pas moins évident que l'option faite au décès peut la diviser et la réduire à une donation restreinte de biens présents. Elle est donc dominée par l'incertitude d'un événement qui peut briser son unité originaire; et ce n'est que lorsque cet événement arrivera ou manquera, qu'on pourra savoir si elle sera transformée en une donation de biens présents, ou si elle restera une, universelle, embrassant tout. De là cette conséquence nécessaire que le donateur doit rester en possession, jusqu'au moment de sa mort, de tous ses biens, puisque le choix ne peut se faire qu'à cette époque. En attendant, le donateur, gardant la possession, peut faire des aliénations à titre onéreux; mais elles sont incertaines jusqu'au moment de la mort du donateur; elles sont validées ou infirmées à ce moment, selon la volonté du donataire.

2394. Il en résulte aussi que la disposition entière est caduque par le prédécès du donataire et de sa postérité; tandis que, si on considérait la donation des biens présents comme tout à fait indépendante de la donation des biens à venir, les biens présents seraient à la rigueur transmissibles aux héritiers quelconques du donataire prémourant; la donation des biens à venir serait seule caduque (1). Mais il n'en saurait être ainsi dans le système dont nous

(1) V. Furgole, sur l'art. 17 de l'ordonn., p. 167.

cherchons à préciser l'esprit. La donation universelle n'ayant pas été modifiée par une option que le prédécès du donataire rend désormais impossible, elle reste avec son caractère primitif; elle se réduit au don de ce qui reste au décès du donateur. Or, le donataire étant mort avant ce moment, la donation devient caduque de même qu'un legs, ou une institution contractuelle.

2395. Chabrol, qui écrivait pour la province d'Auvergne, où les principes du droit écrit avaient une grande autorité, a admis cette solution, et son opinion peut se justifier par la comparaison qu'il fait des institutions contractuelles et des donations universelles. Nous avons dit bien souvent que l'institution contractuelle et la donation de biens présents et à venir ont toujours eu de grandes ressemblances. L'institution contractuelle étant caduque par le prédécès de l'institué sans postérité, Chabrol examine s'il n'en doit pas être de même dans la donation universelle, et il se prononce pour l'affirmative, en considérant que *donatarius quotæ est hæres*. Il n'aperçoit qu'une objection à sa décision; c'est celle qui se tire du droit d'option réservé au donataire, et il se demande si le droit de diviser la donation ne change pas sa condition à cet égard. Mais il réfute cette objection par les raisons que voici : « Il est important de savoir (1) » si la donation universelle saisit le donataire dès l'instant » du contrat de mariage; de manière qu'en cas de prédécès » il transmette les biens donnés à ses héritiers collatéraux, » ou si, le donataire venant à mourir sans enfants avant le » donateur, la donation devient caduque; enfin, si, laissant » des enfants, c'est par voie de transmission qu'ils prennent » les biens donnés, ou s'ils les recueillent par un droit pro- » pre à eux, *jure suo*, de manière qu'ils puissent en profiter,

(1) Sur l'art. 26, ch. 14, t. II, p. 369.

» sans être héritiers de leur père, et par conséquent, sans » que le père ait pu en disposer à leur préjudice et qu'ils » soient obligés de payer ses dettes.

» ... Nous croyons que la donation de biens présents et » à venir s'évanouit, ainsi que l'institution d'héritier, par » le prédécès du donataire sans enfants.

» ... Il est vrai qu'un donataire de biens présents et à » venir peut diviser et s'en tenir aux biens présents, et que, » dans ce cas, la donation ne subsiste plus que comme do- » nation de biens présents...

» Mais, pour pouvoir faire la division des biens présents » et à venir, il faut nécessairement être capable de recueil- » lir et de prendre à son choix les deux espèces de biens ou » l'une d'elles seulement; ce choix ne saurait se faire qu'à » la mort du donateur. Le donataire ne peut donc opter, » s'il est déjà prédécédé.

» L'héritier collatéral du donataire n'a pas droit non plus » de faire cette division; il n'est pas possible qu'il ait qua- » lité pour recueillir les biens à venir. La donation univer- » selle n'est, au moins quant aux biens à venir, qu'une véri- » table institution d'héritier. Or, une institution d'héritier » ne peut pas passer à un collatéral de l'héritier institué; » elle ne saisit, suivant la coutume, que les mariés et leurs » descendants, le cas avenu; elle ne saisit donc pas les col- » latéraux. Si, en donation de biens présents et à venir, le » collatéral n'est point habile à recueillir les deux natures de » biens, la conséquence paraît indubitable que des héritiers » collatéraux du donataire, n'ayant aucune prétention à » former sur les biens à venir, ne peuvent en détacher » les biens présents par une option que la loi défère » seulement à celui auquel elle accorde à la fois les biens » présents et à venir.

» . . . . . .

» Comme une pareille donation passe aux enfants, il y a
» lieu de dire qu'ils ont aussi le droit d'opter et de diviser. »

On aperçoit, par ce fragment, que Chabrol mêle un peu les idées du droit écrit avec les idées du droit coutumier, et l'on s'en convaincra encore davantage en le lisant tout au long. Car il s'appuie à chaque instant sur l'autorité de Ricard, condamnée cependant par l'ordonnance de 1731. Ce qu'il y a de certain, c'est que l'ordonnance de 1731 avait amené dans les esprits certains rapprochements, et que quelques-unes de ses décisions, notamment celle relative à la nullité totale de la donation de biens présents et à venir faite en dehors des contrats de mariage (1), avaient fait faire des progrès à la doctrine qui voyait, dans la donation faite en faveur de mariage, le don originaire d'une masse une et compacte, embrassant l'éventualité de ce qui serait au décès; que, de là, il résultait, d'une part, que l'hypothèse de deux donations distinctes *a priori* s'affaiblissait, et que, de l'autre, la donation universelle, tant qu'elle n'avait pas été scindée par l'option après le décès du donateur, apparaissait comme fraternisant avec les dispositions testamentaires.

Quoi qu'il en soit, l'opinion de Chabrol s'appuie sur un premier arrêt du parlement de Paris, du 18 juin 1731, rendu au rapport de M. Pasquier, et sur un arrêt plus récent, du 28 mai 1764, rendu au rapport du même magistrat. « Cet arrêt, dit Chabrol, a confirmé une sentence du
» bailliage d'Aurillac, qui avait jugé ainsi cette question
» entre des parties de cette province, en faveur de la dame
» de Senezergues. Elle avait fait une donation de tous ses
» biens présents et à venir à son fils par son contrat de ma-
» riage; il mourut en Canada sans postérité... L'arrêt jugea

(1) *Supra*, n° 1195.

» la donation caduque par le prédécès du donataire sans » enfants (1). »

Ceci posé, et avec de tels précédents, il ne faut pas s'étonner que la question de survie ait été jugée dans le même sens par les arrêts intervenus depuis le Code Napoléon dans des anciens pays de droit écrit, sous l'empire de faits antérieurs à la loi nouvelle. On peut consulter surtout un arrêt de la cour de cassation, du 19 décembre 1845, rendu au rapport de M. Mesnard (2).

2396. Notez pourtant que, dans la pensée du rapporteur, cette décision, rendue sur un procès venu de la cour de Riom, ne porte pas atteinte au système des pays de droit écrit, qui voulait, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus (3), et ainsi que Chabrol le déclare formellement, que la donation « fût revêtue d'un caractère d'actualité en ce qui con- » cerne les biens présents. » Cette phrase se trouve tout au long dans l'arrêt, et elle est remarquable. Seulement, l'arrêt lie cette donation à une condition de survie du donataire, qui, venant à défaillir, fait évanouir la donation (4).

De là, cette conclusion importante, à savoir, que, de ce que dans les pays de droit écrit on aurait rejeté l'opinion de Furgole en ce qui concerne la question de survie, il ne s'ensuit pas qu'on l'ait abandonnée en ce qui concerne les limites apportées au droit du donateur de disposer de ses biens pré-

(1) *Junge* Rousseau de la Combe, Jurispr. civ., v° *Donat.*, note 2, sur l'art. 17 de l'ordonn. de 1731.

(2) Devilleneuve, 41, 1, 273. *Palais*, t. XLII, p. 367.

(3) N° 2387.

(4) Il a été également jugé par application de l'ordonnance qu'en cas du décès du donataire de biens présents et à venir avant le donateur et sans postérité, la donation était caduque, non-seulement pour les biens à venir, mais encore pour les biens présents. Besançon, 5 janvier 1810 (Devill., 3, 2, 179). Limoges, 8 janvier 1828 (Devill., 9, 2, 3). Cass., req., 3 février 1835 (Devill., 35, 1, 184; *Palais*, t. XXVI, p. 1344.)

sents à titre onéreux. L'antagonisme, à cet égard, reste donc, même au point où nous sommes parvenus, entre le troisième système et le quatrième.

2397. Nous voici arrivés au Code Napoléon. Quel système a-t-il embrassé? Quel parti a-t-il choisi à la suite de cette longue élaboration? Le système du Code Napoléon se résume dans des termes bien simples. Il permet de diviser la donation universelle de biens présents et à venir, de telle sorte qu'au décès du disposant, le donataire peut s'en tenir aux biens présents, et renoncer au surplus des biens. Le Code ne pouvait refuser au donataire ce parti avantageux; car, si le donateur a contracté beaucoup de dettes après la donation, le donataire qui se tient aux biens présents, n'est pas obligé de payer les dettes postérieures à la donation, tandis que, s'il acceptait la donation entière, il serait obligé au payement de toutes les dettes (1).

La division est fondée sur ce que l'adjonction des biens à venir n'a été introduite qu'en faveur de l'époux donataire, et que, dans le cas où la succession serait obérée de dettes, il ne faut pas que cette faveur lui soit onéreuse. C'est un principe, en effet, en matière de donation, que la libéralité ne doit pas devenir un fardeau pour celui à qui elle s'adresse.

En cela le Code Napoléon a été plus logique que l'ordonnance de 1731; car il reste d'accord avec lui-même, en permettant de diviser un acte que l'art. 943 coupe en deux, afin de ne pas annuler pour le tout la donation des biens présents et à venir faite en dehors du contrat de mariage (2); au lieu que l'ordonnance de 1731, qui annulait pour le tout la donation universelle faite hors le cas de contrat de ma-

(1) Argou, *Inst. au droit français*, t. I, p. 274. Ricard, part. 3, ch. 11. Furgole, sur l'art. 17 de l'ordonn. de 1731, t. V, p. 164.

(2) *Supra*, n° 1193.

riage, permettait de la scinder, lorsqu'elle était faite en faveur de mariage.

Cette faculté de diviser la donation établit une différence bien marquée entre ce genre de libéralité et l'institution contractuelle. L'institution contractuelle fait un héritier; or la qualité d'héritier est une et produit des effets indivisibles (1). L'héritier qui accepte une partie, accepte le tout; on ne peut être héritier en partie et répudiant pour partie. Au contraire la donation universelle ne fait qu'un donataire et pas un héritier ; et comme la donation se compose de deux éléments divisibles, le donataire, qui ne doit pas être lésé par le bienfait qu'il reçoit, peut prendre l'élément avantageux et répudier celui qui ne l'est pas.

Il est vrai qu'on trouve souvent dans les auteurs une assimilation entre la donation de biens présents et à venir et l'institution contractuelle. Mais cette assimilation n'est exacte que dans la bouche des auteurs qui, comme Ricard et Lebrun, rejetaient la division de la donation. Elle manque de vérité, au moins en beaucoup de points, lorsqu'il est décidé, ainsi que cela est fait par l'art. 1084, que la donation est divisible.

2398. Ce n'est pas tout; et le Code, plus précis que l'ordonnance de 1731, décide, en termes exprès, que c'est seulement au décès du donateur que l'option du donataire peut se faire utilement. On reconnaît là le système de Brodeau et de Pothier. Les conséquences en sont palpables : nous les exposerons tout à l'heure.

2399. Enfin le Code ne s'en tient pas là ; afin que le donataire puisse profiter du bénéfice de séparation, il veut qu'il soit annexé à l'acte un état des dettes et charges existantes lors de la donation. Sans cette formalite le donataire doit accepter la libéralité telle qu'elle est. Il ne saurait la diviser,

(1) *Supra*, n° 2367.

et il faut qu'il accepte ou répudie pour le tout. Le Code a exigé cette condition, afin de faire connaître les dettes d'une manière précise et pour ne pas confondre les charges postérieures avec celles qui sont antérieures à la donation (1).

Voici, du reste, les motifs que M. Bigot de Préameneu donne de cette précaution (2), qui est une disposition toute nouvelle dont l'ordonnance de 1731 ne s'était pas avisée, mais dont la jurisprudence avait entrevu la nécessité (3).

« L'époux auquel avaient été donnés les biens présents » et à venir, avait, à la mort du donateur, le droit de prendre les biens existants à l'époque de la donation en renonçant aux biens à venir, ou de recueillir les biens tels qu'ils » se trouvaient au temps du décès. Lorsque le donataire préférait les biens qui existaient dans le temps de la » donation, des procès sans nombre, et qu'un long intervalle de temps rendait le plus souvent inextricables, s'élevaient sur la fixation de l'état de la fortune à cette même » époque : c'était aussi un moyen de fraude envers des » créanciers dont les titres n'avaient pas de date certaine. » La faveur du mariage ne doit rien avoir d'incompatible » avec le repos des familles et la bonne foi. Il est donc nécessaire que le donateur, qui veut donner le choix des biens » présents ou de ceux à venir, annexe à l'acte un état des » dettes et des charges alors existantes, et que le donataire » devra supporter, sinon le donataire ne pourra, dans le » cas où il acceptera la donation, réclamer que les biens » qui se trouveront à l'époque du décès. »

Il suit de là que le législateur atteint un double but ; il

(1) Limoges, 19 mars 1841 (Devill., 41, 2, 442).

(2) Exposé des motifs (22 avril 1803); Locré, t. XI, p. 418; Fenet, t. XII, p. 569.

(3) Rousseau de la Combe, sur l'ordonn. de 1731, art. 17.

établit une démarcation précise entre la situation au moment de la donation et la situation postérieure. Il fait reposer, sur une preuve contemporaine, un état de choses qui ne pouvait se constater que par des moyens tardifs. D'un autre côté, il établit aux yeux des tiers le caractère mixte de la donation ; il leur fait savoir qu'elle pourra être divisée au temps du décès. Il les tient en garde contre l'instabilité des engagements que le donateur pourrait contracter sur les biens présents.

On remarquera du reste que c'est du donateur que doit émaner l'état des dettes, ainsi que M. Bigot en fait la très-juste observation. Comment, en effet, le donataire pourrait-il faire un état de dettes qu'il ne connaît pas ? Il a même été jugé, par arrêt du parlement de Toulouse du 17 juin 1672, que le donataire ne peut demander qu'inventaire soit fait des choses données du vivant du donateur (1); il ne peut pas exiger davantage l'inventaire des dettes existantes.

2400. Voyons, maintenant, les conséquences de tout ceci : il y a des effets qui se produisent du vivant du donateur, il y en a qui ne se produisent qu'après son décès. Examinons-les dans cet ordre.

Et d'abord puisque ce n'est taxativement qu'au décès du donateur que le donataire peut faire l'option à lui réservée par l'art. 1084, et que l'effet de la donation est différé jusqu'à cette époque, il résulte que le donataire ne peut en demander l'exécution pendant la vie du donateur et qu'il ne saurait se faire investir, avant la mort de ce dernier, ni des biens présents, ni des biens à venir au fur et à mesure de leur échéance. Par là, se trouvent proscrits le premier et le deuxième systèmes antérieurs au Code Napoléon. Le donateur n'a pas besoin de retenir l'usufruit pour rester en pos-

(1) Brodeau sur Louet, lett. D, somm. 54, nº 9.

session jusqu'à sa mort. Le donataire n'est pas encore propriétaire; il peut seulement le devenir (1), et la mutation ne s'opère pas actuellement (2).

C'est du reste ce qu'on trouve, implicitement du moins, dans un avis du conseil d'État du 20 décembre 1809 (3).

Le conseil d'État était interrogé sur la question de savoir si, dans une donation de biens présents et à venir faite par contrat de mariage, le droit proportionnel d'enregistrement est dû pour les biens présents, lorsqu'il est stipulé que le donataire entrera de suite en jouissance.

Le conseil.....

« Considérant que le droit de retour en cas de survie de la » part du donateur, conformément à l'art. 1089 du Code, » ni la réduction à la quotité disponible aux termes de » l'art. 1090 n'empêchent pas que la jouissance qui serait » accordée de suite par contrat de mariage ne soit une véri- » table mutation;

» A été d'avis que pour les donations de biens présents et à » venir le droit proportionnel est dû pour les biens présents » lorsqu'il est stipulé que le donataire entrera de suite en » jouissance. »

Évidemment le conseil suppose que pour que le donataire entre en jouissance des biens présents, il faut une stipulation

(1) MM. Duranton, t. IX, n° 736. Coin-Delisle sur l'art. 1084. Zachariæ, § 740, t. V, p. 539, édit. Aubry et Rau.

(2) Cassat., req., 1er décembre 1829 (Devill., 9, 1, 396 ; *Palais*, 22, 1563). Cassat., ch. civ., rejet, 15 fév. 1830 (Devill., 9, 1, 452). Cassat., 17 mai 1815 (Devill., 5, 1, 52; *Palais*, 2, 733). Cassat., 14 mai 1823 (Devill., 7, 1, 246).

Il n'y a rien de contraire dans deux arrêts de la cour de cassation des 11 janvier 1827 (Devill., 8, 1, 503), et 3 juillet 1827 (Devill., 8, 1, 630). Ces deux arrêts ont été rendus sur des faits antérieurs au Code et se rattachent tous deux à la législation des pays de droit écrit.

(3) Il est rapporté dans l'ouvrage de MM. Championnière et Rigaud, t. IV, p. 108, n° 2956.

expresse dans la donation. Donc, de plein droit, et d'après la nature de la donation de biens présents et à venir, le donataire n'entre en jouissance qu'après la mort du donateur.

2401. Il faut aller plus loin et dire que non-seulement le donateur reste en possession, mais que même il peut aliéner à titre onéreux les biens présents, ainsi qu'un bon père de famille peut le faire pour le mouvement de ses affaires. Il ne faut donc plus tenir compte du système de Furgole ni des idées du droit écrit. Ces idées ne sont pas plus admissibles en matière de donation universelle qu'en matière d'institution contractuelle. Le donateur a droit d'administrer, d'engager, d'hypothéquer, de vendre les biens présents au moment de la donation. Car il a entendu faire un bloc de sa fortune, et ne donner, à la vérité sous réserve d'une option éventuelle, que ce qui existerait au moment de sa mort. Le donataire qui, au décès, accepte la donation pour le tout, est tenu de respecter tous les actes du donateur, de tenir ses engagements, de payer ses dettes. On ne peut rien dire de plus fort pour confirmer notre proposition, et mettre hors de doute le droit du donateur. *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Seulement, s'il a été fait un état des dettes, et que le donataire veuille répudier les biens à venir pour s'en tenir aux biens présents lors de la donation, il pourra faire résoudre les aliénations opérées par le donateur. Car il n'est pas tenu des engagements postérieurs à la donation; il peut faire remettre les choses au point où elles en étaient lors de cette donation; c'est là l'avantage de l'option; c'est la sanction de la donation; c'est la marque du dessaisissement, qui, dans une mesure quelconque, doit se trouver dans un acte de donation.

2402. Puisque le donateur conserve la propriété et la jouissance de ses biens sous la réserve de l'option; puisque

le donataire ne peut empêcher le donateur de les aliéner sous une condition résolutoire, il s'ensuit que les créanciers du donateur ont le droit de saisir et mettre en vente la propriété, telle quelle, que le donateur a conservée de ses biens. Et, comme c'est une propriété résoluble, il est convenable que le cahier d'enchères porte à la connaissance des amateurs la chance à laquelle sera exposé l'adjudicataire. Le donataire lui-même peut demander l'insertion d'une indication de cette nature; mais il excéderait son droit, si, allant au delà, il voulait s'opposer à l'adjudication (1).

2403. Nous disons que c'est la propriété même, quoique résoluble, que les créanciers peuvent mettre en vente : il ne faudrait rien voir de contraire à cette pensée dans un arrêt de la cour de Bordeaux du 19 juillet 1831 qui n'autorise que la saisie de l'usufruit. Cet arrêt a été déterminé par des circonstances particulières. Le tribunal de première instance, influencé sans doute par une clause de la donation qui réservait au donateur la jouissance et l'usufruit des biens donnés, avait réduit la saisie à cet usufruit. Or, sur l'appel, il ne faut pas croire que ce fut le créancier saisissant qui se plaignait de cette limitation : il demandait au contraire que l'appellation fût mise au néant, n'ayant pas d'intérêt probablement à poursuivre l'obtention d'un gage plus fort que l'usufruit qui lui permettait d'être payé en entier. L'appelant

(1) Bordeaux, 19 juillet 1831 (Devill., 31, 2, 341; *Palais*, 24, 51). V. aussi MM. Toullier, t. V, n° 857; Grenier, t. II, n° 434, où il rétracte l'opinion contraire qu'il avait primitivement soutenue; Duranton, t. IX, n° 735; Vazeille sur l'art. 1089, n° 3; Coin-Delisle, art. 1085, n°s 2 et suiv.; Marcadé, *ibid.*, n° 2; Aubry et Rau, t. VI, p. 276, note 3. — V. cependant un arrêt d'après lequel, s'il n'a pas été annexé à la donation un état des dettes actuelles du donateur, le donataire ne peut, en cas de vente par expropriation des biens de celui-ci, se faire attribuer la portion du prix d'adjudication correspondant à la quotité donnée, que prélèvement fait d'une part proportionnelle des dettes du donateur tant postérieures qu'antérieures à la donation. Nimes, 9 novembre 1859 (Devill., 59, 2, 646).

était le donataire qui, par la raison que le donateur avait fait réserve de l'usufruit, prétendait que la donation avait investi, lui donataire, de la nue propriété et que, dès lors, le créancier avait procédé en contravention à l'art. 2205 du Code Napoléon, en faisant saisir une chose indivise (1) avant d'avoir fait opérer un partage de la chose indivise objet de la saisie.

Or le donataire s'exagérait la portée de la réserve d'usufruit, en pensant que le donateur avait voulu faire autre chose que se placer dans le droit commun. La cour développe d'excellents motifs pour le prouver, et elle termine en disant à l'appelant (je résume et traduis ses considérants) : « Quoi! vous vous plaignez de la décision de première instance! Mais elle a fait pour vous plus qu'elle n'aurait dû faire. Elle a limité le droit de saisie à l'usufruit; elle aurait pu le faire porter sur la propriété même. Votre appel doit donc être mis au néant. »

On voit que c'est là un arrêt d'espèce qui ne saurait tirer à conséquence. Mais les motifs en sont très-juridiques, et contiennent une doctrine bonne à consulter.

2404. Arrivons à l'époque du décès du donateur.

A ce moment, les effets de la donation de biens présents et à venir varient notablement suivant qu'un état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation a été ou n'a pas été annexé à l'acte de donation. Si cet état a été annexé, le donataire a l'option entre les biens présents et les biens à venir; si l'état n'a pas été annexé, il n'est plus qu'un donataire de biens à venir (2).

Lorsque le donataire, ayant le droit de choisir à cause de l'état annexé, choisit les biens présents, la donation produit

(1) *Loc. cit.*
(2) *Supra*, n° 2397.

tous les effets d'une donation entre-vifs de biens présents. Il ne subit que les dettes et charges existantes au jour de la donation et énoncées dans l'état annexé. Comme tout donataire sous une charge semblable, il a la liberté ou de payer les dettes afin de conserver les biens, ou d'abandonner les biens aux créanciers afin de n'être plus tenu à rien envers eux (1). Il est censé avoir été propriétaire des biens du jour du mariage. Il a droit à la possession et aux fruits, comme un donataire entre-vifs sans se faire consentir de délivrance par l'héritier saisi. Si des immeubles ont été aliénés même à titre onéreux par le donateur depuis que la donation a été transcrite, il les revendiquera contre tous les tiers possesseurs. Enfin on lui applique toutes les règles d'une donation entre-vifs de biens dont le donataire a été empêché d'entrer en possession jusqu'à l'événement d'une condition.

2405. Nous venons de dire que le donataire de biens présents et à venir qui opte pour les biens présents, doit payer toutes les dettes existantes au jour de la donation et constatées dans l'état annexé. Sous l'empire de faits réglés par l'ancienne jurisprudence et lorsqu'un état des dettes n'était pas exigé, la cour de Nîmes a décidé que le donataire n'était pas tenu d'une dette contractée au moment même de la donation et constatée par cet acte.

Un sieur Jaunes marie sa fille et lui fait donation, par contrat de mariage du 6 frimaire an 6, de la moitié de tous ses biens présents et à venir. Dans le même acte il se reconnaît débiteur envers son gendre d'une somme de 1,200 fr. versée au moment même du contrat. A la mort du père, un créancier du gendre prétend que la fille qui a opté pour les biens présents, n'en doit pas moins payer ladite somme.

(1) *Supra*, n° 1217 et *infra*, n° 2451.

La cour de Nîmes (1) a jugé que le donataire n'était point tenu de cette dette, qui n'était point une charge des biens au moment où ils ont été donnés.

Sous le Code Napoléon, il serait difficile de juger ainsi, si l'état des dettes renfermait la mention de la dette ainsi contractée. La donation contiendrait en pareil cas une charge expresse, et cette charge ne serait pas exorbitante, puisqu'il s'agit d'une dette contemporaine de la donation, d'une dette existante au jour de la donation, comme dit l'art. 1084. Elle peut avoir été contractée d'ailleurs pour faire honneur à des dettes antérieures, pour payer des réparations et améliorations faites aux biens présents; de sorte que la dette constatée dans le contrat de mariage peut n'être qu'en apparence une dette contemporaine et qu'elle peut se reporter à un temps antérieur.

2406. A plus forte raison en serait-il ainsi, si au moment du contrat de mariage le donateur se reconnaissait débiteur d'une somme qui lui a été antérieurement comptée; c'est là une dette que le donataire doit acquitter, bien qu'il ait opté pour les biens présents (2).

2407. Lorsque parmi les biens qu'avait le donateur au moment de la donation se trouve une créance de somme d'argent, et que cette somme d'argent a été plus tard convertie en un immeuble au moyen d'une dation en payement, le donataire, optant pour les biens présents, peut-il se dire propriétaire de cet immeuble et le revendiquer? N'est-ce pas plutôt un bien à venir?

Des raisons prépondérantes rendent cette dernière opinion plus probable. Le donateur était créancier d'une somme d'argent; le donataire a droit à cette même somme. Mais il

(1) Nîmes, 2 février 1830 (Devill., 9, 2, 387; *Palais*, 23, 120).
(2) Même arrêt de Nîmes.

ne peut élever la prétention de la suivre dans toutes les transformations qu'elle aura subies par la volonté du donateur. Il y aurait dans le système contraire de graves inconvénients. Les tiers qui ont traité avec le donateur relativement à cet immeuble acquis depuis la donation, n'ont pas dû redouter l'effet de l'option du donataire; et sans leur faute ils seraient exposés à un préjudice presque inévitable, si le choix du donataire agissait rétroactivement sur cet immeuble. La donation ne contenant pas l'indication spéciale de cet immeuble, ne pouvait, eût-elle été transcrite, avertir les tiers intéressés du danger qui les menaçait. Enfin il est souvent difficile de discerner, dans les titres de propriété, l'origine des deniers employés à l'acquisition.

Cette opinion est la plus favorable à la circulation des biens et à la sécurité des tiers; elle a été consacrée par la cour de Bordeaux (1).

2408. Au surplus, on peut voir ci-dessus (2) quelques questions qui se réfèrent au point de savoir quels biens doivent être rangés dans la classe des biens présents ou des biens à venir.

2409. Nous verrons par l'art. 1089 que si le donataire meurt avant le donateur, la donation est caduque, par rapport à lui, soit pour les biens présents, soit pour les biens à venir; mais que les enfants issus de son mariage lui sont substitués vulgairement, ainsi que cela a lieu dans le cas d'institution contractuelle (3).

Il s'ensuit que les enfants existants au jour du décès du donateur, ont le droit qu'aurait eu leur père s'il eût survécu, de diviser la donation et d'opter pour les biens présents en renonçant aux biens à venir. Ce droit fait partie de la sub-

(1) 26 mai 1830 (Devill., 9, 2, 445. *Palais*, 23, 507).
(2) N° 1190.
(3) *Supra*, n° 2357, arg. de l'art. 1082.

stitution, et les enfants l'exercent non comme héritiers de leur père, mais *jure suo*. Il ne faut plus s'arrêter, sous le Code Napoléon, à l'opinion de Furgole (1), de Chabrol (2) et autres qui ont raisonné sous l'empire des idées des pays de droit écrit, et qui, partant du principe que la donation avait un effet actuel en ce qui concerne les biens présents, décidaient que les enfants qui optaient pour les biens présents ne faisaient que succéder à une chose dont leur père avait été saisi et qu'ils trouvaient dans sa succession. Ces notions ne sont pas applicables sous le Code Napoléon, qui ne voit pas, dans la donation cumulative des biens présents et à venir, deux donations distinctes originairement, l'une entre-vifs, l'autre à cause de mort. Le prédécès fait tomber la donation pour le tout, et par suite les enfants sont substitués à leur père aussi pour le tout; et quand ils optent pour les biens présents, ils prennent *jure suo* et non comme héritiers.

La conséquence de cette option, c'est qu'ils peuvent faire résoudre les aliénations et les engagements qui auraient pu diminuer l'émolument de la donation au moment où elle a été faite. Le donateur a eu les enfants à naître en vue, aussi bien que leur père, quand il a donné : il a contracté envers eux les mêmes engagements.

A cela on fait une objection qui nous semble peu sérieuse. On dit : Puisque la donation se trouve transformée, par le moyen de l'option, en une donation de biens présents, et que les enfants sont censés saisis rétroactivement à partir du jour du contrat, n'arrive-t-on pas à ce résultat bizarre, qui est de faire que ces enfants exercent un droit de propriété remontant à une époque à laquelle ils n'étaient pas

(1) Sur l'art. 17 de l'ordonn. de 1731.

(2) Sur Auvergne, ch. 14, art. 26, sect. 13, p. 373 (avant-dernier alinéa).

encore nés et où ils ne pouvaient pas acquérir? Or comment n'être pas frappé de cette situation contraire à toutes les règles?

Nous répondons qu'il n'y a rien de moins sage que de vouloir s'appuyer sur la règle quand on est dans l'exception, et de juger avec le droit commun des matières anormales. Dans les contrats de mariage qui n'ont d'autre but que les enfants, ceux-ci sont en quelque sorte parties au pacte de famille. Le donateur qui a gratifié le père par son contrat de mariage n'a agi ainsi que *ad spem liberorum*. La libéralité est donc incommutablement acquise du jour du contrat au père et à ses enfants, et ceux-ci sont tacitement substitués en vertu d'une présomption fondée sur l'affection (1). Puisqu'il est constant que par contrat de mariage on peut faire certaines dispositions au profit des enfants à naître (art. 1082 et 1086), il faut que ces dispositions produisent des conséquences utiles; et pour les obtenir on doit passer sur la règle et admettre l'exception. Dès l'instant qu'on admet que l'enfant à naître est censé né pour lier et obliger irrévocablement le donateur, il faut aussi admettre, sans s'en étonner, qu'il est censé né pour recueillir les bénéfices de cet engagement.

2410. Une question plus utile consiste à savoir quel parti on doit prendre si les enfants ne sont pas d'accord sur le choix à faire : l'un peut vouloir s'en tenir aux biens présents, l'autre accepter les biens à venir. Dans ce cas, le meilleur moyen est de considérer ce qu'il y a de plus utile, *quid utilius*, et de diviser la donation ou de la faire subsister dans son entier, suivant que le donataire, quel qu'il eût été, y eût trouvé plus d'avantage (2).

(1) Brodeau sur Louet, lettre S, somm. 9, n° 10.
(2) Chabrol, *loc. cit.*

2411. Plaçons-nous, maintenant, dans l'autre terme de l'option et supposons que le donataire a accepté la donation cumulative; quels sont alors ses droits et ses obligations? Remarquons, avant d'aller plus loin, que notre solution sur ce point sera la même que celle à laquelle il faudra arriver dans le cas où le donataire, n'ayant pas eu le droit de s'en tenir aux biens présents parce qu'il n'y avait pas d'état de dettes annexé à la donation, a accepté toute la donation. Ce sont là deux situations parfaitement semblables : définir l'une, c'est définir l'autre.

Et d'abord, il est constant que le donataire est tenu de respecter les aliénations à titre onéreux que le donateur a faites dans le libre et loyal exercice de son droit de propriété, et qu'il doit payer toutes les dettes existantes au moment du décès.

C'est là un point positivement consacré par l'art. 1085 et qui ne saurait trouver, sous le Code Napoléon, les difficultés dont il était environné dans l'ancienne jurisprudence. Nous avons exposé ci-dessus ces difficultés : elles proviennent des différences qui existaient entre les pays de droit écrit et les pays coutumiers sur la manière d'envisager les donations universelles.

2412. Ainsi, par la tendance que les auteurs des pays de droit écrit avaient d'assujettir, autant que possible, la donation de biens présents et à venir aux règles et à l'irrévocabilité des donations entre-vifs, ils admettaient d'abord l'indisponibilité absolue des biens présents du donateur et l'impossibilité pour celui-ci de disposer à titre gratuit de ses biens à venir (1). Rien n'est plus constant que le premier point (2). Le second est attesté par Furgole (3) : « Quoique

(1) *Supra*, no 2387.
(2) *Supra, loc. cit.*
(3) Sur l'art. 17 de l'ordonn. de 1631.

» le donateur puisse donner atteinte à la donation des biens
» à venir en contractant des dettes, il ne peut pas y donner
» atteinte par des donations entre-vifs ni par des dispositions
» testamentaires ou à cause de mort. »

Les mêmes règles ont été consacrées par un arrêt du parlement de Toulouse du 14 décembre 1594 (1). « Un père,
» mariant sa fille, lui donne la troisième partie de ses biens
» présents et à venir; après le décès du père, l'héritier de-
» mande que la fille soit tenue de payer pour sa troisième
» les légitimes, légats et frais funèbres.... Il fut jugé que
» la fille était obligée d'acquitter la troisième partie des
» dettes, autres pourtant que les légats, légitimes et hon-
» neurs funèbres, que la cour ordonna être payés sur les
» autres deux tiers des biens. »

2413. Au contraire, dans les pays de coutume, toutes les fois que le donataire ne faisait pas la division, il prenait les biens comme un bloc dans lequel les biens présents et les biens à venir étaient mêlés et confondus; le donateur n'était censé avoir voulu donner que sa succession, et, comme le disait Lebrun, le revenant bon à son décès; et partant de là, le donataire était tenu de tous les actes du donateur et de toutes ses dettes (2). Devait-il également respecter les aliénations à titre gratuit du donateur? On ne variait que sur l'étendue et la mesure (3).

2414. Le Code a préféré ce système à celui des pays de droit écrit. Il n'y a qu'un point sur lequel il laisse un instant d'hésitation. C'est celui qui touche aux aliénations à titre gratuit. En disant, dans l'art. 1085, que le donataire ne

(1) Rapporté par Cambolas, liv. 2, ch. 9.

(2) *Supra*, nº 239.

(3) Ricard, nos 1062, 1063. Auroux de Pommiers, sur Bourbonnais, article 209, nº 9. Lebrun, 3, 2, no 20. Dumoulin sur l'art. 12 du titre des Donations de la Coutume de Nivernais.

pourra réclamer que les biens existants au jour du décès du donateur, il semble, au premier coup d'œil, exiger la ratification des aliénations à titre gratuit, aussi bien que des aliénations à titre onéreux.

Mais l'analogie de la situation du donataire qui prend les biens à venir avec celle de l'institué contractuel, doit nous déterminer à interpréter l'art. 1085 par l'art. 1083, et il faut décider que le donateur de biens présents et à venir a été incapable de disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques à titre de récompense (1). Il n'est pas à croire que le législateur ait voulu se montrer plus défavorable au donataire qu'il ne l'a été à l'égard de l'institué contractuel. Le premier recueille en vertu d'un acte qui a le caractère d'une pure libéralité. Le second est appelé à recueillir le patrimoine tel qu'il est, à continuer la personne du disposant. Si l'un des deux doit respecter tous les actes de son auteur, c'est l'institué contractuel beaucoup plus que le donataire. Donc, si l'héritier institué par contrat de mariage a le droit de ressaisir les biens aliénés à titre gratuit par l'instituant, à plus forte raison en doit-il être de même du donataire de biens présents et à venir (2).

C'est du reste ce qu'a décidé la cour cassation, en considérant que « l'art. 1085 qui autorise le donataire des biens que » le donateur laissera à son décès à poursuivre la nullité » des dispositions à titre gratuit faites à son préjudice, » s'applique nécessairement au donataire contractuel des » biens présents et à venir, qui n'opte pas pour les biens » présents (3). » Il est vrai que, dans l'espèce de cet arrêt,

(1) *Supra*, n° 2350.

(2) De Freminville sur Grenier, n° 433, t. III, p. 350, édit. de M. Bayle-Mouillard; Vazeille sur l'art. 1084, n° 3; Zachariæ, § 740, trad. de MM. Aubry et Rau, t. V, 540; Cassat., ch. civ, 31 mars 1840 (Devill., 40, 1, 407).

(3) Arrêt de rejet du 27 février 1821 (Devill., 6, p. 388; *Palais*, 16, 40).

il s'agissait d'une vente apparente; mais la cour d'appel avait constaté en fait qu'elle n'était qu'une donation déguisée.

2415. Ici se présente la question de savoir si, chargé de payer les dettes, le donataire qui récueille la donation cumulativement et sans division, en est tenu *ultra vires*, ou seulement *intra vires bonorum*.

Cette question est une de plus délicates de notre sujet.

Dans notre ancien droit, l'institué contractuel et le donataire de biens présents et à venir présentaient entre eux, sous ce rapport, des différences essentielles. Le premier était, comme un héritier *ab intestat*, ou comme l'héritier institué par testament dans le droit romain, le représentant, le continuateur de la personne du défunt, et par suite obligé indéfinement au payement de dettes (1). « L'institution contractuelle, nous dit Pothier, a les mêmes effets que l'institution » testamentaire dans les provinces où elle est admise. C'est » pourquoi... l'institué... succède, de même que tout » autre héritier, en tous les droits actifs et passifs du dé- » funt, et par conséquent il est tenu des dettes de la suc- » cession même *ultra vires*, s'il n'a pas eu recours au bénéfice » d'inventaire (2). »

Il n'en était pas de même du donataire universel de biens présents et à venir. Le donataire de biens présents et à venir, n'étant qu'un simple successeur appelé à recueillir une masse de biens et non pas un héritier proprement dit, n'était tenu des dettes qu'en vertu de la maxime *quem sequuntur commoda, sequuntur et incommoda* (3), ou bien encore parce que les biens auxquels il a droit ne se prennent que *deducto ære alieno* (4). Il ne contribuait donc aux dettes que *pro rata*

(1) *Supra*, n° 2365.
(2) Cout. d'Orléans, tit. 17, introd., n° 23.
(3) Louët, lettre D, somm. 54.
(4) De Laurière sur Loisel, 2, 4, 14. *Supra*, n° 65.

emolumenti (1). Quoique le donataire fût comparé souvent à l'héritier et qu'on dît de lui qu'il était *loco hæredis*, on se gardait bien de l'assimiler entièrement à un héritier. Sous l'ancien droit coutumier, il n'y avait que Dieu qui pût faire un héritier, si ce n'est en institution contractuelle (2). Le légataire universel lui-même ne représentait pas le défunt, et dans les pays de droit écrit, où l'on était si attaché aux prérogatives du testament, jamais on n'aurait pu comprendre et admettre qu'un acte de donation pût faire un héritier. Le donataire universel, n'étant donc ni héritier direct, ni héritier utile, n'était pas obligé personnellement, mais seulement à raison des biens qu'il appréhendait (3). C'est pourquoi l'art. 334 de la coutume de Paris déclarait que les donataires universels n'étaient tenus des dettes que chacun pour « telle part ou portion qu'ils en amendaient. »

Il résultait de là deux conséquences : l'une que le donataire de biens présents et à venir n'avait pas besoin de se faire délivrer des lettres de bénéfice d'inventaire pour ne pas être tenu *ultra vires;* l'héritier seul, qui représentait le défunt et soutenait sa personne, avait besoin de ces lettres de chancellerie; il suffisait que le donataire eût fait dresser un inventaire des biens dont il entrait en possession. M. le premier président du parlement de Paris, à la suite d'un arrêt du 28 mai 1626 « avertit les avocats de ne plus don-
» ner avis aux légataires et donataires universels d'obtenir
» lettres en chancellerie pour accepter un don universel par
» bénéfice d'inventaire, et que l'inventaire, bien et dûment
» fait, suffisait, conformément aux conclusions de M. l'avo-

(1) Art. 334, cout. de Paris. Brodeau sur Louët, *loc. cit.*, n° 4. Brillon, v° *Dettes*, n° 9, et *Donation*, n° 132. Basnage sur Normandie, art. 431. Coquille, quest. 138. Catellan, liv. 5, ch. 24.

(2) *Supra*, n° 1840.

(3) Merlin, Répert., v° *Institut. contr.*, § XI, n° 2.

» cat général Talon, qui remontra que les lettres de béné-
» fice d'inventaire n'étaient point nécessaires en cette
» rencontre, d'autant que *possessio defuncti non transit*
» *juncta in legatarium, vel donatarium;* qu'il n'y avait point
» de confusion d'immeubles, ni de patrimoines, et par
» conséquent que le bénéfice d'inventaire était inutile (1). »

La seconde conséquence était que le donataire universel, n'étant tenu des dettes du défunt qu'à raison de la possession qu'il avait prise des biens de ce dernier, pouvait se soustraire à l'action des créanciers, en leur abandonnant les biens donnés qui étaient leur gage exclusif. Les témoignages les plus constants existent sur ce point dans l'ancien droit. Chorier faisait remarquer en effet (2) que le donataire universel *non tenetur actione personali*, *sed reali et hypothecaria*, de sorte qu'en abandonnant les biens, *liberatur*, *nec tenetur ultra vires* : c'est pourquoi une donation universelle peut, *etiam post multos annos*, être abandonnée aux créanciers, si le donataire est de bonne foi. Brillon cite, avec Chorier, un arrêt du parlement de Grenoble du 27 août 1661 en faveur de la demoiselle Bonne de Riquebourg, à qui il fut permis de faire inventaire et de discuter judiciairement les biens dépendant de la donation, sauf à elle à supporter les frais de cet inventaire et de cette discussion (3). On trouve des décisions analogues dans la jurisprudence du parlement de Normandie attestée par Bérault (4) et Basnage (5), et Pothier n'a fait que résumer la doctrine et les arrêts lorsqu'il a dit (6) : « A l'égard des donataires et

(1) *Journal des aud.*, t. I, p. 59. Ferrières *sur Paris*, art. 334, n. 11.
(2) Sur Guy Pape.
(3) Brillon, v° *Donation*, n° 133.
(4) Sur l'art. 434.
(5) Sur le même article à la fin.
(6) *Des successions*, ch. 5, art 3, § 2.

» légataires universels.... toutes ces personnes ne sont te-
» nues des dettes que jusqu'à concurrence des biens aux-
» quels ils succèdent; ils peuvent, en les abandonnant, se
» décharger des dettes. La raison est que toutes ces per-
» sonnes ne succèdent point à la personne du défunt, mais
» seulement à ses biens; ils ne sont tenus des dettes que
» parce qu'elles sont une charge des biens; ils n'en sont
» point débiteurs personnels : or, c'est un principe que
» lorsqu'on n'est tenu de quelque dette qu'à raison d'une
» chose qu'on possède, on peut s'en décharger en abandon-
» nant la chose. »

Il est vrai qu'il est arrivé à beaucoup de jurisconsultes de comparer la donation universelle, non divisée, à l'institution contractuelle. Je citerai Lebrun entre autres (1). Mais les analogies n'empêchent pas les différences, et Lebrun lui-même enseigne que, si l'institué contractuel est tenu des dettes (2) personnellement et indéfiniment, le donataire universel n'en est tenu que *pro modo emolumenti* (3). Et comment pourrait-il le décider autrement, en présence de l'art. 334 de la Cout. de Paris ?

Tel était donc l'ancien droit.

2416. Recherchons, maintenant, si le Code Napoléon a fait quelque changement à une jurisprudence si bien établie. Et d'abord, aucun texte ne révèle une pensée d'innovation. Il est vrai que, dans une matière voisine de la nôtre, un changement grave a été opéré. Il y avait autrefois, entre l'héritier et le légataire universel tel qu'il était envisagé par le droit coutumier, une différence profonde. Le légataire universel ne succédait pas *in universum jus;* il n'était pas héritier; il n'était qu'un simple successeur aux biens tenu

(1) *Des successions,* chap. 4, § 2, art. 2, no 39.
(2) *Id.,* 3, 2, n° 41.
(3) *Id.,* 4, 2, 1, nos 3, 4.

intra vires (1). Or on sait qu'il est maintenant assimilé à l'héritier, qu'il est obligé personnellement envers les créanciers et par conséquent obligé au delà des forces de la succession (2). Toutefois cette innovation ne s'est pas produite par des voies clandestines ou détournées; le législateur a pris soin de déclarer formellement dans deux articles que le légataire universel est tenu personnellement (3). Mais on ne rencontrera nulle part des textes semblables à propos du donataire de biens présents et à venir. Jamais le Code n'a dit qu'il serait obligé personnellement envers les créanciers du donateur; l'art. 1086 fournit même un argument contraire, qui a une grande force (4). Le donataire reste donc dans la condition de successeur aux biens, qu'il avait dans l'ancien droit. Il n'est tenu des dettes qu'à cause de la possession des biens et par conséquent qu'*intra vires* (5).

Cette solution se justifie également et par la raison, et par l'intention présumée du donateur. La distinction qui se faisait autrefois entre le légataire universel et l'héritier institué, reposait sur des préjugés coutumiers, sur la prééminence du sang et de la succession légitime par rapport à la volonté de l'homme. Aujourd'hui ces idées sont effacées; la volonté a repris son autorité légitime, et la raison ne voit pas de différence fondamentale entre celui qui est appelé par la loi et celui qui tient sa vocation du testateur. Au contraire, entre le légataire universel et le donataire de biens présents et à venir, il y a une différence qui naît de la nature différente de leurs titres. Le premier tient son droit d'un testament, le second, d'un contrat; le premier, d'un acte essen-

(1) *Supra*, nos 1836, 1840.
(2) *Supra*, nos 1840, 1841.
(3) Art. 1009 et 1012, C. Nap.
(4) *Infra*, no 2452.
(5) *Supra*, nos 65 et suiv.

tiellement soumis à la volonté ambulatoire de l'homme, le second, d'un acte irrévocable. Le disposant a voulu avoir dans le premier un représentant, un autre lui-même; le donateur n'a voulu conférer au second qu'un avantage, une libéralité, et il est de principe que cette libéralité ne doit pas lui devenir onéreuse. On peut appliquer ici ce que disait De Laurière sous l'ancien droit : « En un mot, la donation » et l'institution d'héritier sont deux genres de dispositions » différentes. On veut faire un héritier et on ne veut point » faire un donataire; on veut un successeur qui ne soit pas » seulement *successor bonorum*, mais *successor juris uni-* » *versi* (1). » Comment surtout serait-il possible de croire que le donateur a voulu faire un héritier, lorsqu'il a dressé un état des dettes et ménagé à son donataire un droit de division et d'option imcompatible avec la succession et la qualité d'héritier? Lebrun ne disait pas avec moins de sens que De Laurière : « Si l'on considère l'intention de celui qui » fait l'institution, l'on conclura que puisqu'il a mieux » aimé faire une institution contractuelle qu'une donation » entre-vifs, il a souhaité que son héritier fût chargé des » obligations d'un véritable héritier, qu'il fût tenu person- » nellement et indistinctement de toutes les dettes (2). » Est-ce là ce qu'a voulu faire celui qui, pouvant faire un héritier, a mieux aimé faire un donataire?

Ainsi le donataire de biens à venir est aujourd'hui comme autrefois tenu des dettes, parce qu'elles sont une charge des biens. Mais il n'en est pas tenu personnellement, comme l'héritier, qui seul représente le défunt; il n'en est tenu que par l'action *personalis in rem scripta*. Il n'y a pas confusion entre le patrimoine du donateur et celui du donataire, et

(1) *Inst. contr.*, ch. 6, n° 22, t. II, p. 30.
(2) *Des Success.*, 3. 2. n° 41.

le passif du donateur ne devient pas propre et personnel au donataire. C'est pourquoi, en abandonnant les biens, ce dernier peut non-seulement échapper à l'action des créanciers, mais encore faire valoir ses propres actions contre le défunt; car elles n'ont pas été éteintes par la confusion.

2417. Ces points ont été consacrés, du reste, par un très-important arrêt de la cour de cassation du 29 février 1820 (1) dont nous avons donné ci-dessus l'espèce et les motifs (2).

Il décide très-nettement qu'une femme, donataire universelle de son mari par contrat de mariage de 1812, a pu, malgré son immixtion et à la différence de l'héritier pur et simple, faire abandon des biens donnés, pour se libérer de la poursuite des créanciers, et, même comme un héritier bénéficiaire, exercer ses créances personnelles contre le défunt, sans souffrir, plus que cet héritier, de la confusion (3).

Ceci posé, et si l'on veut se bien pénétrer de tout ce que nous avons dit, on verra que cet arrêt se concilie parfaitement avec celui du 13 août 1851 (4) qui a décidé que les légataires universels sont, comme les héritiers, obligés personnellement et indéfiniment aux dettes de la succession ; que la confusion s'opère entre les biens du défunt et les biens du successeur, à moins que ce dernier n'ait accepté sous bénéfice d'inventaire. Sur quoi est fondé ce dernier arrêt? Sur l'art. 1002, qui assimile l'héritier institué et le légataire, et sur les art. 1009 et 1012, qui déclarent le légataire tenu personnellement des dettes de

(1) Devill., 6, 1, 190. *Palais*, 15, 814. Dalloz, *Dispos. entre-vifs*, ch 4, sect. 3, art. 3, n° 14.

(2) N° 67.

(3) Voyez *infra*, n° 2448.

(4) V. *supra*, n° 1841.

la succession. Or, précisément, rien de pareil n'existe au sujet du donataire ; et autant l'arrêt du 13 août 1851 nous semble juridique, autant nous croyons que l'arrêt du 29 février 1820 se justifie par les nuances qui séparent la donation du testament et du legs.

2418. Il importe peu, au surplus, que cette solution soit contredite par plusieurs auteurs, et notamment par M. Toullier (1).

Quand on va au fond des choses, quand on voit les différences que le Code Napoléon a mises entre les légataires et les donataires, assimilés dans l'ancien droit, quand aussi on ne se laisse pas prendre à ces expressions des jurisconsultes d'autrefois, disant que les donataires universels sont *loco hæredis*, on n'éprouve aucune hésitation, et l'on décide que c'est précisément parce qu'ils sont *loco hæredis* qu'ils ne sont pas de vrais héritiers, et que, n'ayant que de simples analogies avec ceux-ci, sans conformité parfaite, ils doivent être traités différemment. Loisel posait aussi cette règle : « Les légataires universels sont tenus pour héritiers (2), » leur appliquant les lois 128, § 1, et 117 D. *de Reg. juris* : « *hi qui in universum jus succedunt, hæredis loco habentur.* » Il n'en est pas moins vrai qu'ils n'étaient pas tenus des dettes comme les héritiers ; qu'ils n'en étaient pas tenus personnellement (3). C'est ce qui a lieu, aujourd'hui comme autrefois, pour les donataires universels. Ils sont comparables aux héritiers en ce qu'ils sont tenus des dettes, et, sous ce rapport, *hæredis loco habentur ;* mais ils en diffèrent en ce qu'ils ne sont pas personnellement tenus, et que les dettes ne les obli-

(1) Toullier, t. V, n° 855, et t. IV, n° 524. *Junge* Chabot sur l'art. 873, n°s 26, 27, 28.

(2) 2, 4, 14. *Supra*, n° 1836.

(3) De Laurière sur Loisel, *loc. cit.*

gent que parce qu'ils n'ont droit aux choses données que *deducto ære alieno* (1).

Je ne sais si M. Nicias Gaillard, dans ses remarquables conclusions sur l'obligation personnelle des légataires universels (2), ne s'est pas laissé entraîner un peu trop loin, en donnant à entendre que, même dans l'ancien droit, on ne devait pas restreindre aux *bonorum possessores* et aux fidéicommissaires la règle du droit romain : *Hi qui in universum jus defuncti succedunt, hæredis loco habentur*. Je ne voudrais pas m'en rapporter à Dantoine pour penser que, même autrefois, on tenait pour semblables aux héritiers non-seulement les fidéicommissaires et les *bonorum possessores*, mais encore les donataires universels. Je conviens que Dantoine va jusque-là : « Il est du devoir d'un interprète de rapporter tous » les exemples où la maxime que l'on propose ici peut avoir » lieu, savoir, que, par quelque titre que l'on succède, pourvu » que le titre soit universel, le successeur est réputé pour » héritier, par la raison que toute personne a la qualité » d'héritier qui succède en tous les biens du défunt...

» Le troisième exemple s'applique aux légataires univer- » sels...

» Le quatrième exemple convient au donataire universel, » qui est obligé de payer toutes les dettes du donateur : » *quia est loco hæredis*, lorsqu'il accepte la succession pure- » ment et simplement ; mais quand il accepte par bénéfice » d'inventaire, il n'est tenu que jusqu'à la concurrence des » biens : d'où il s'ensuit qu'un donataire universel est com- » paré à un véritable héritier (3). »

Mais cette doctrine de Dantoine pèche par défaut de me-

(1) De Laurière, *loc. cit.*

(2) Pag. 21 de la brochure qu'il a publiée, ou Revue critique, 1852, t. II, p. 363.

(3) *Règles du droit civil*, sur la loi 128, § 1, D *De regulis juris*, p. 317.

sure; elle dépasse les bornes du vrai. Il est certain, il est constaté par M. Nicias Gaillard lui-même (1) que le donataire universel, de même que le légataire universel, n'était tenu des dettes du donateur que *intra vires emolumenti*. L'opinion de Dantoine n'était qu'une exagération et une erreur cent fois condamnée. Ce n'est que par le Code Napoléon qu'une modification a été introduite dans la condition du légataire. Mais le donataire universel a été laissé par lui dans son ancienne situation. Il faut donc qu'il y reste, et c'est avec grande raison que la cour de cassation l'y a laissé.

C'est pourquoi nous ne disons pas avec M. Zachariæ (2) : « La donation cumulative de biens présents et à venir est une » variété de l'institution contractuelle; elle n'en diffère » même, à vrai dire, que par le droit d'option dont jouit le » donataire. » Nous soutenons qu'elle en diffère encore quant à l'obligation des dettes, et nous sommes persuadé que le législateur, consacrant des articles distincts à l'institution contractuelle et à la donation des biens présents et à venir, n'a pas voulu confondre ces deux dispositions.

Il est vrai que dans le cours d'une argumentation sur des questions toutes différentes de la nôtre, des arrêts ont avancé qu'une donation de biens présents et à venir, en l'absence d'un état des dettes antérieures ou dans le cas d'option du donataire pour les biens à venir, dégénère en une institution contractuelle (3). Ces arrêts ont parfaitement raison au point de vue où ils étaient placés. Mais il ne faut pas les étendre hors de leur sphère; et l'on se gardera de généraliser une assimilation qui n'était admissible que relativement à la question spéciale soumise aux magistrats.

(1) Pag. 10 de la brochure.

(2) § 740.

(3) Grenoble, 19 janvier 1847 (Devill., 48, 2, 144; *Palais*, 48, 1, 663). Voyez aussi Cassat., 27 février 1821 (Devill., 1, 389; *Palais*, t. XVI, p. 140).

Lebrun aussi avait rapproché étroitement la donation de biens présents et à venir de l'institution contractuelle. Mais son expérience était trop grande pour appliquer à l'un l'obligation de l'autre relativement aux dettes (1). Tous deux se donnent la main sur bien des points; mais ils se séparent sur d'autres qui sont capitaux. Il faut bien qu'il en soit ainsi, puisqu'ils diffèrent par le nom, par le titre et par l'intention du disposant.

2419. Mais il ne suffit pas d'avoir séparé la cause du donataire universel de celle du légataire universel et de l'héritier; il reste encore un point à éclaircir, et il faut savoir si, pour se maintenir dans sa position par rapport aux créanciers du défunt, le donataire n'est pas tenu de faire un inventaire préalable qui empêche la confusion de son patrimoine et des biens qu'il recueille. Notez que ce qu'on demande ici de lui n'est pas un retour indirect au bénéfice d'inventaire proprement dit, dont nous avons prouvé tout à l'heure qu'il est affranchi; il ne s'agit pas d'imposer au donataire la déclaration publique de son intention et son acceptation solennelle et au greffe sous bénéfice d'inventaire. Il s'agit uniquement de savoir si, pour s'exonérer des dettes *ultra vires*, il n'est pas tenu de se procurer une preuve écrite et antérieure à toute immixtion de l'importance des biens donnés.

Sur cette question, il y avait dissidence dans l'ancienne jurisprudence : les uns pensaient que l'immixtion du donataire, sans inventaire préalable, ne l'empêchait pas de prouver plus tard, par tous les moyens, et même par commune renommée, les forces de la donation, pourvu qu'il fût de bonne foi.

Les autres soutenaient que le défaut d'inventaire devait le faire traiter comme un héritier pur et simple, puisqu'il

(1) *Supra*, n° 2415.

avait lui-même opéré la confusion de ses biens et de ceux de son auteur.

2420. A l'appui du premier sentiment on peut citer un arrêt du parlement de Grenoble que nous avons rapporté ci-dessus (1). Et c'était aussi l'opinion de Ricard (2) : « Ceux » qui défendent l'opinion contraire, dit-il, se fondent sur » ce que l'héritier qui veut accepter sous bénéfice et qui ne » fait pas inventaire, perd le privilége de ce bénéfice et » demeure indistinctement obligé aux dettes. Mais il y a » une raison de différence, qui résulte de ce que l'héritier » par bénéfice, à faute de faire inventaire, est tenu en son » propre et privé nom : parce que les choses retournent » facilement à leur principe, dans lequel l'héritier se trouve » chargé de plein droit de cette obligation ; ce qu'on ne peut » pas dire du donataire qui de soi n'est obligé aux dettes » que jusqu'à concurrence des effets compris dans la dona- » tion.... »

« De sorte que, dans une pareille rencontre, l'action des » créanciers contre le donataire doit être poursuivie de la » même façon que si elle était intentée contre un posses- » seur particulier, qui se serait emparé des biens du débi- » teur, sans compte ni mesure, que l'on ne condamnerait » pas pour cela indéfiniment et en son propre et privé nom, » mais qu'on obligerait à rapporter les effets qu'il serait » convaincu d'avoir divertis, suivant l'estimation des biens » faite par la commune renommée, joint le serment *in litem*, » chaque question ayant ses principes séparés, sans qu'elles » puissent être réglées les unes par les autres. »

De cette opinion il faut rapprocher celle de Furgole :

« Le donataire de tous biens présents et à venir.... suc-

(1) N° 2415.

(2) *Donat.*, 2e partie, nos 1518, 1519.

» cédant *in universum jus*, doit être considéré comme héri-
» tier et doit payer toutes les dettes et charges de la
» succession....

» Mais cette action personnelle ne lie pas le donataire de
» manière qu'il puisse être tenu au delà des forces des
» biens, quand même il n'aurait point fait d'inventaire.

» Cela est fondé sur plusieurs raisons.

» L'action dont le donataire est tenu n'est pas pure per-
» sonnelle, mais *in rem scripta*....

» Selon M. Cujas, sur la loi 37 *De usu et usuf. leg.*, la do-
» nation n'est faite que de ce qui reste, *deducto œre alieno;*
» ainsi il n'y a pas de donation quand les biens sont absor-
» bés par les dettes.

» Il faudrait néanmoins excepter le cas de fraude ou de
» latitation, qui, selon la remarque de M. de Catellan
» (liv. v, ch. 24), est toujours excepté des règles et renverse
» les plus sûres et les mieux établies (1). »

2421. Mais, du coté de l'opinion contraire, on trouve des défenseurs nombreux et importants ; l'un des plus considérables est Loyseau (2), auquel on peut joindre Lebrun (3) ; tous deux veulent (je cite les expressions du premier) que, si par le défaut d'inventaire, il y a mélange et confusion des biens donnés avec ceux du donataire, celui-ci soit tenu solidairement.

Mais écoutons Domat (4) : « Si le donataire s'était mis en
» possession des biens après la mort du donateur sans en
» faire un inventaire, il ne pourrait plus diviser la donation,
» et sa condition serait la même que s'il était héritier pur
» et simple. »

(1) Sur l'art. 17 de l'ordonn. de 1731.
(2) *Du déguerpissement*, 1, XI, 2.
(3) *Success.*, 4, 22, n° 56.
(4) *Lois civiles*, p. 2, liv. 1, tit. 1, sect. 3, art. 6.

Pothier enfin, dont le jugement a toujours tant d'autorité, se prononce contre Ricard. « Pour que les légataires » et donataires universels, les successeurs à titre de déshé- » rence et autres qui succèdent aux biens plutôt qu'à la » personne, ne soient tenus des dettes que jusqu'à concur- » rence des biens auxquels ils ont succédé, il faut qu'ils en » aient fait constater la quantité par un inventaire ou quel- » que autre acte équivalent; s'ils s'en sont mis en possesion » sans cela, et qu'ils aient disposé des biens, ils seront tenus » indéfiniment des dettes, et ils ne seront pas reçus, pour » s'en décharger, à offrir d'abandonner et de tenir compte » des biens, s'étant mis par leur faute hors d'état d'en pou- » voir constater la quantité; c'est le sentiment commun, » duquel s'écarte Ricard, qui prétend que, même en ce cas, » ils doivent être reçus à l'abandon et à justifier par en- » quête de commune renommée la quantité des biens. Ce » sentiment ne doit pas être facilement suivi (1). »

Il est certain, en effet, que ce second système était dominant dans l'ancienne jurisprudence (2). On supposait que le donataire n'avait accepté la donation que parce qu'il avait trouvé assez de biens pour payer les dettes; qu'après tout, le mélange de ses biens avec les biens donnés, élevait contre lui une présomption résultant de son propre fait et militant en faveur des créanciers *qui certant de damno vitando* (3)

2422. Il paraît difficile de s'écarter, sous l'empire du Code Napoléon, d'une présomption qui ressort si naturellement du fait du donataire et de la situation des choses. On ne suppose pas la faute, l'imprudence, l'oubli de ses propres intérêts.

(1) *Success.*, ch. 5, art. 2, § 3 *in fine*.

(2) *Junge* Ferrières sur Paris, art. 324. Auroux sur Bourbonnais, art. 109. Béchet, Usage de Saintonge, art. 62. Brillon, v° *Donation*, n° 133.

(3) V. *supra*, n° 1836, ce que nous disons du légataire universel, pleinement assimilé dans l'ancien droit coutumier au donataire universel.

Le successeur, qui s'empare d'une masse de biens grevés de dettes sans la décrire et l'inventorier, est donc censé ne l'avoir prise ainsi que parce qu'il y a trouvé son avantage, le passif lui ayant paru tout au moins balancé par l'actif; dès lors les créanciers sont fondés à tirer les conséquences de cette confusion et à tenir comme personnellement engagé celui qui en est cause. S'il y a négligence et oubli de la part du donataire, ce ne sont pas les créanciers qui en doivent souffrir; s'il y a mauvaise foi, ils doivent encore moins être victimes. Le donataire devra donc prendre la précaution de ne s'immiscer dans les biens donnés que lorsqu'il aura séparé par un inventaire sa cause personnelle de celle de ces biens, et nous voyons que dans l'espèce jugée par la cour de cassation du 29 juillet 1820 et rapportée tout à l'heure, le donataire qui, après son immixtion, faisait abandon aux créanciers des biens donnés, avait fait un inventaire à la mort du donateur (1).

2423. Mais, quelle que soit la force de cette présomption, nous ne dirons pas (comme Ferrières dans l'ancien droit) qu'elle est *juris et de jure*. Elle n'est écrite dans aucune loi; elle n'a que l'autorité de la raison et de la plus haute vraisemblance. Mais on conçoit qu'il y a des cas où elle peut céder à des preuves contraires, et rien ne défend au juge de les admettre.

Le donataire qui n'a pas fait dresser d'inventaire, est assez puni par l'obligation où il est de détruire la présomption qui milite contre lui; d'un autre côté, la condition des créanciers est suffisamment garantie par le droit qu'ils ont d'attendre, sous l'égide d'une présomption favorable, le résultat d'une preuve contraire difficile. Mais on ne saurait aller jusqu'à interdire au donataire de réparer le défaut d'inventaire par

(1) V. les motifs du jugement de première instance (Devill., 6, 1, 191).

une démonstration ultérieure de la vérité. S'il parvient à établir jusqu'à l'évidence qu'il n'a recueilli qu'un actif inférieur au passif réclamé, serait-il équitable de le contraindre à payer l'intégralité des dettes? De quelle cause légale viendrait ce bénéfice pour les créanciers (1)? Supposons qu'il produise des notes du défunt établissant l'importance de son mobilier et qu'il montre par des titres l'origine des biens immeubles et leur nombre précis : pourquoi ne tiendrait-on pas cette preuve pour aussi décisive que l'inventaire? Seulement, l'inventaire aurait dispensé le donataire de se livrer à des recherches embarrassantes. Mais cette obligation dans laquelle il s'est mis sera sa peine, et il en supportera les frais ainsi que nous l'avons vu décider par l'arrêt du parlement de Grenoble du 27 août 1661 (2).

2424. En résumé donc, le donataire universel qui n'a pas fait inventaire, doit être condamné même *ultra vires* à toutes les dettes du défunt, et il ne peut être admis à abandonner aux créanciers les biens donnés, à moins qu'il ne prouve par des preuves bonnes et loyales que la consistance des biens laissés par ce dernier était inférieure à ces dettes.

C'est ce qui me paraît résulter d'un arrêt de la cour de Limoges du 28 juillet 1817, tronqué par les arrêtistes et que je rapporte tout au long au n° 2427, après en avoir relevé copie au greffe de la cour de cassation (3). Un sieur Ribière, donataire à titre universel par préciput de son père, s'était mis en possession, sans inventaire, de tous les effets, titres et biens composant la succession du défunt. Sa sœur, ayant renoncé à cette succession pour s'en tenir à un don de 18,000 fr. que son père lui avait fait à titre de constitution

(1) Comparez Zachariæ, § 640, n° 25; § 638, n° 23.

(2) *Supra*, n° 2415.

(3) Il y a eu pourvoi et rejet.

de dot, actionna le sieur Ribière en payement de cette somme. Malgré la résistance de ce dernier, la cour de Limoges le condamna à acquitter cette dette paternelle. Ce qu'il y a de remarquable à notre point de vue dans cette décision, c'est que, tout en prenant en considération le défaut d'inventaire et l'appréhension de tout l'actif de la succession, la cour déclare cependant dans un motif que cette circonstance n'est pas suffisante à elle seule pour rendre Ribière indéfiniment et définitivement débiteur de la totalité de la dot, et qu'il peut à ses frais recomposer la masse des biens, pour prouver ensuite que la masse des biens dépasse les limites de la portion disponible. Sur le pourvoi, la requête a été rejetée par arrêt du 12 novembre 1818 (1).

2425. Reste à savoir quelles espèces de preuves pourront être produites par le donataire en faute qui veut suppléer à l'inventaire. Sera-t-il admis à faire entendre des témoins et à recourir à la commune renommée? On peut en douter : le donataire aurait pu, en faisant dresser un inventaire, se procurer une preuve écrite du fait qu'il a intérêt à démontrer. Or, d'après l'art. 1341 du Code Napoléon, combiné avec l'art. 1348, quand on a pu se procurer une preuve écrite d'un fait présentant un intérêt supérieur à 150 fr., on ne peut pas faire entendre de témoins. Ce qui est fondé sur cette donnée générale et applicable à toute espèce de matière, à savoir que la preuve testimoniale est pleine de dangers et d'incertitude. Or, est-il juste que la faute du donataire lui attribue le droit et la liberté d'enlacer les tiers de bonne foi dans un genre de preuve plus périlleux que tous les autres pour leur intérêt?

Le donataire ne devra donc s'appuyer que sur des écrits,

(1) Devill., 5, 1, 545. *Palais*, t. XIV, p. 1061. Dalloz, v° *Disposit. entre vifs*, t. VI, p. 221. La notice est très-incomplète dans les recueils.

des titres, des aveux et autres moyens qui n'ont pas l'incertitude de la preuve testimoniale (1).

2426. Quand le donataire de biens à venir n'est gratifié que d'une quote-part des biens laissés par le donateur, il n'est soumis au passif que dans la proportion de ce qu'il prend dans l'actif, c'est-à-dire pour sa part et portion (2). Les dettes sont une charge de l'universalité des biens. Une fraction de cette universalité est grevée d'une fraction correspondante des dettes. Il est juste que tous ceux qui se partagent l'actif d'une personne contribuent proportionnellement à éteindre le passif.

« L'institution et la donation de tous biens présents et » à venir, dit Ricard (3), doivent être sujettes aux mêmes » règles. Cette résolution doit aussi avoir lieu à proportion, » quand l'institution ou la donation de biens présents et à » venir sont faites *per modum quotæ*, les charges devant » être proportionnées à l'émolument. »

Pothier est du même sentiment (4) : « Les légataires et » donataires universels d'une quotité de biens, comme de » la moitié, du tiers, du quart, sont tenus des dettes, pour » la même part. Si la part dont ils sont donataires ou léga- » taires était réduite à une moindre partie, la part qu'ils » doivent porter des dettes serait pareillement réduite à une » semblable part. »

Tels sont les vrais principes; nous nous serions borné à les exposer plutôt qu'à les prouver, si, sous le Code Napoléon, on n'avait élevé devant les tribunaux une prétention contraire. On a soutenu en effet que le donataire d'une quote, quoique n'ayant pas tout l'émolument de la succes-

(1) Zachariæ, § 636, note 23.
(2) Arg. de l'art. 1012, C. Nap.
(3) *Donat.*, part. 1, ch. 4, sect. 2, dist. 3, n° 1063.
(4) *Success.*, ch. 5, art. 3, § 4.

sion, n'en devait pas moins payer toutes les dettes du donateur. On s'est appuyé sur le texte même de l'art. 1085, lequel soumet le donataire de biens présents et à venir qui accepte, au payement de toutes les dettes et charges de la succession, et, pour colorer cette énormité ruineuse pour le donataire universel partiel, on a avancé qu'une telle charge n'était qu'une punition de la négligence du donataire qui n'a pas fait dresser un état des dettes. Mais on ne peut rien entendre qui blesse davantage les règles du bon sens et l'esprit de la loi (1).

D'abord, il est possible qu'il y ait un état des dettes et que néanmoins le donataire, au lieu de diviser la donation, l'accepte pour le tout. Or, l'art. 1085 est aussi bien fait pour ce cas que pour celui où le défaut d'état des dettes interdit la division au donataire, et le soumet à la totalité des dettes. Que devient alors l'argument sur lequel on se fonde? est-ce que l'art. 1085 aura deux sens, l'un relatif au donataire qui peut diviser et ne divise pas; l'autre relatif au donataire qui, faute d'état des dettes, ne peut diviser?

Mais il y a plus, et l'on ne fait pas attention qu'en voulant punir le donataire parce qu'il n'a pas fait d'état des dettes, on le rend responsable d'un fait qui n'est pas le sien. Car c'est du donateur et non de lui qu'il dépend de dresser cet état; et il a même été jugé par arrêt du parlement de Toulouse, du 17 juin 1672, que le donataire n'a pas d'action contre le donateur pour l'obliger à dresser l'état des valeurs données (2).

(1) Consulter les arrêts qui suivent : Paris, 15 novembre 1811 (Devill., 3, 2, 377; *Palais*, t. IX, p. 700). Toulouse, 26 novembre 1816 (Devill., 8, 2, 291; *Palais*, t. XX, p. 961). Nîmes, 12 juin 1832 (Devill., 32, 2, 321; *Palais*, t. XXIV, p. 1158). Limoges, 16 décembre 1835 (Devill., 36, 2, 92; *Palais*, t. XXVII, p. 99).

(2) Brodeau sur Louët, lettre D, somm. 54. *Supra*, n° 2399.

La loi n'a donc pas entendu dire ce qu'on veut arracher de la généralité de ses expressions. Elle signifie tout simplement que le donataire qui accepte la donation pour le tout, doit contribuer au payement de toutes les dettes, sans distinction de celles antérieures et de celles postérieures à la donation.

Cette interprétation du mot TOUTES est confirmée par le rapprochement de notre article avec l'art. 17 de l'ordonnance ainsi conçu : « Il sera au choix du donataire de prendre » les biens tels qu'ils se trouveront au jour du décès du do- » nateur, en payant TOUTES les dettes et charges, même » celles qui seraient postérieures à la donation, etc. » Mais il n'y doit contribuer que pour sa part et portion. Quel motif le législateur aurait-il *a priori* de traiter si injustement le donataire et d'être favorable à ceux, quels qu'ils soient, qui recueillent le reste du patrimoine, tels que des légataires, des héritiers non réservataires, des successeurs irréguliers? Et si la succession est répartie entre plusieurs donataires de biens à venir, est-ce qu'ils seront tenus des dettes chacun pour le tout, sauf recours?

2427. On cite pourtant comme ayant consacré une doctrine si étrange, un arrêt de la cour de Limoges, du 28 juillet 1817, contre lequel un pourvoi a été formé sans succès.

Voici l'espèce et les motifs de l'arrêt de Limoges, non tels qu'ils sont donnés dans des notices fautives et incomplètes, mais dans les archives de la cour de cassation (1).

En 1806, le sieur Ribière et sa sœur ont été mariés l'un a la demoiselle Arzilier, l'autre au sieur Arzilier. Les conventions matrimoniales ont été réglées par le même contrat et comme condition les unes des autres. Le père commence par faire à son fils une donation universelle par préciput du

(1) Cassat., req., 12 novembre 1818 (Devill., 5, 1, 545; *Palais*, 14, 1061. *Supra*, n° 2424).

quart de ses biens présents et à venir; l'état des dettes actuelles ne fut pas annexé. Puis, le père constitue à sa fille qui allait épouser le sieur Arzilier, une dot de 18,000 fr. en avancement d'hoirie. Ribière père fit de mauvaises affaires. A sa mort, la dame Arzilier (demoiselle Ribière) renonce à la succession, pour s'en tenir à son don de 18,000 fr., et comme le sieur Ribière, son frère, s'était emparé de tous les biens meubles et immeubles existants dans la succession du père commun, elle s'adressa à lui pour obtenir, quoiqu'il y eût un autre frère, la totalité de sa dot de 18,000 fr.

On devine la réponse de Ribière : d'abord, disait-il, la dot que le père avait promise à sa fille était-elle une charge que dût supporter le fils donataire universel pour un quart? En effet, celui qui a donné ses biens présents et à venir ne peut plus faire de libéralité au préjudice du donataire; il ne peut pas donner; il ne peut pas davantage s'obliger gratuitement. Le donataire n'est pas forcé d'exécuter les charges qui ont pour cause une libéralité.

En second lieu, continuait Ribière, je ne suis donataire que d'un quart; je ne suis donc tenu de la dette, si elle existe, que pour un quart. Car une clause précise de la donation porte que, donataire universel d'un quart, je ne dois supporter qu'une pareille quotité des dettes.

Dans tous les cas, la dot de 18,000 fr. dépasse les limites de la quotité disponible; elle doit être réduite. C'est à tort, à tous les points de vue, que la dame Arzilier m'a poursuivi pour la totalité de sa prétendue créance.

Là-dessus est intervenu, de la part de la cour de Limoges, l'arrêt suivant à la date du 28 juillet 1817 :

« Considérant qu'aux termes de l'art. 1084 du Code, la » donation de biens présents et à venir, en tout ou en partie, » doit être assortie et accompagnée d'un état des dettes et » charges du donateur, existantes au jour de la donation ;

» qu'aux termes de l'art. 1085, à défaut d'annexe de cet
» état, le donataire acceptant est tenu du payement de
» toutes les dettes et charges de la succession;

» Que les dispositions de ces deux articles étaient évi-
» demment applicables à l'espèce de la donation précipu-
» taire faite en faveur du sieur Jean Ribière du quart de
» tous les biens présents et à venir du donateur, sans an-
» nexe de l'état des dettes et charges existantes au moment
» où elle eut lieu; que d'un autre côté la dot constituée par
» le même contrat à Marguerite Ribière, épouse Arzilier,
» par le père commun, était évidemment une dette ou
» charge de la succession au moment de son ouverture,
» quoiqu'elle eût été constituée par une clause postérieure
» à celle de la donation préciputaire, puisque cette consti-
» tution était toujours antérieure à l'ouverture de la succes-
» sion; qu'enfin Jean Ribière pouvait d'autant moins pré-
» tendre cause d'ignorance à cet égard que cette constitution
» était établie par le même contrat, dans lequel la donation
» préciputaire lui avait été faite, et pouvait, jusqu'à un
» certain point, être considérée comme une condition ou du
» moins une cause de cette donation; que Jean Ribière, ré-
» clamant en sa faveur l'effet de cette donation, ne pouvait
» sous aucun rapport être dispensé du payement de la dot
» constituée à sa sœur, quand même il devrait en résulter
» que l'objet de cette donation fût ébréché ou même ab-
» sorbé par ce payement, de l'obligation duquel elle avait
» été irrévocablement grevée au moment où elle fut faite
» par la force seule de la loi, à moins qu'il n'eût préféré
» la répudier pour le tout, ce qu'il n'avait pas fait; qu'il a
» dès lors été mal jugé par le jugement dont est appel, en
» arrêtant les poursuites dirigées par les époux Arzilier
» contre Jean Ribière pour parvenir au payement des sommes
» restées dues sur cette constitution dotale;

» Qu'il a été d'autant plus mal jugé, que Jean Ribière
» s'étant emparé, au décès du père commun, de l'intégralité
» de sa succession mobilière, sans en établir ou faire établir
» la consistance, cette circonstance venait fortement à l'ap-
» pui du motif décisif puisé dans les art. 1084 et 1085 du
» Code civil; qu'effectivement et quoique cette circonstance
» ne fût pas suffisante pour l'obliger indéfiniment au paye-
» ment des dettes et charges de cette succession, puis-
» que la loi ne prononce point formellement cette peine
» audit cas, comme dans celui du défaut d'annexe de l'état
» des dettes et charges au jour de la donation, il serait sou-
» verainement injuste qu'après s'être mis, sans compte ni
» mesure, en possession de l'intégralité de la succession
» mobilière de son père, après s'être emparé de tous ses
» titres, après avoir perçu tout l'actif, il fût en droit de
» faire épuiser à sa sœur renonçante pour s'en tenir à sa
» dot, toutes les difficultés qu'entraînerait nécessairement
» la composition de la succession, à défaut d'inventaire,
» pour parvenir à faire fixer la portion quelconque qui
» serait dans le cas de lui revenir dans ladite succession;

» Qu'il est vrai que le même inconvénient aurait lieu à
» l'égard de Jean Ribière, dans le cas où, ne trouvant pas
» dans le surplus de la succession, après le payement intégral de la dot de sa sœur, de quoi le remplir de sa portion
» légitimaire, il voudrait, comme il en a le droit, aux termes
» des art. 920 et suivants du Code civil, demander la ré-
» duction ou le retranchement de cette dot jusqu'à con-
» currence nécessaire pour le remplir de cette portion lé-
» gitimaire;

» Mais qu'il ne pourrait alors s'imputer qu'à lui-même
» et à la négligence qu'il aurait mise à établir la consistance
» de la succession, la nécessité où il serait de faire régler
» à ses frais et avances, contradictoirement avec sa sœur,

» la composition de cette succession, lors de laquelle celle-
» ci devrait encore être admise à prouver les omissions
» qui pourraient se trouver dans l'état que ledit Ribière se-
» rait dans le cas de fournir pour parvenir à cette composi-
» tion, en attendant laquelle il serait également de toute
» justice que sa sœur conservât sa dot dans toute son inté-
» gralité ou se fît payer de ce qui resterait dû;

» Qu'il y a donc lieu, sous tous les rapports, de réfor-
» mer la décision des premiers juges, et tollissant les in-
» hibitions maintenues par cette décision, à condamner
» Jean Ribière, sauf son droit, dans le cas prévu de la ma-
» nière indiquée, de venir en réduction ou retranchement
» de cette dot jusqu'à concurrence de sa portion légitimaire
» dans la réserve... etc. »

Il faut s'arrêter un instant ici pour préciser la portée de cette décision.

L'arrêt lie l'avancement d'hoirie à la donation de biens présents et à venir; il en fait une condition par laquelle le donateur a voulu obliger le donataire d'une manière directe et expresse. Puis il constate que Ribière a tout envahi dans la succession, qu'il a pris les biens, les meubles, les titres; qu'il n'a rien décrit ni inventorié; de là il conclut que, puisque tout l'actif est entre ses mains, il doit supporter tout le passif. C'est sa faute, s'il en est ainsi : il s'est mis dans cette situation par son fait. Seulement une réserve est faite en sa faveur pour prouver qu'eu égard aux forces réelles de la succession, telles qu'il pourra les constater, l'avancement d'hoirie dépasse les limites de la portion disponible.

Voilà le sens de l'arrêt : et il est clair qu'il est fort éloigné de la pensée qu'on lui attribue. Il ne fait que décider une chose fort simple, à savoir, que celui qui obtient tout l'actif, doit payer tout le passif. Aussi le pourvoi a-t-il été rejeté sans difficulté par la chambre des requêtes. Le demandeur

n'avait réussi à lui donner une couleur qu'en le faisant porter sur des points autres que ceux qui avaient déterminé l'arrêt de la cour d'appel.

On cessera donc d'argumenter de ces décisions pour énerver l'autorité d'une règle qui est trop dans la nature des choses et dans la justice, pour ne pas triompher des méprises dont l'environnent quelquefois des esprits distraits.

2428. Nous venons de voir bien des points par lesquels le donataire universel de biens présents et à venir se rapproche ou s'éloigne de la condition du légataire.

Touchons à un autre point de contact, et voyons si le donataire de biens présents et à venir a le droit de se mettre de sa propre autorité en possession des biens du donateur, ou bien s'il doit demander la délivrance aux héritiers du donateur?

Pour prendre cette question dans ce qu'elle a de plus vif, nous supposons que le donataire est étranger et qu'il se trouve en présence d'un héritier à réserve.

Dans l'ancien droit, il est certain que le donataire de biens présents et à venir était saisi de plein droit, à l'instar de l'héritier contractuel auquel on l'assimilait sur ce point d'une manière complète. La coutume du Bourbonnais est formelle : « Donations, conventions, institutions d'héritiers » et autres choses faites en contrat de mariage, sont bonnes » et valables... posé aussi que lesdites donations soient » faites à personnes étrangères, bâtards ou autres; et sai- » sissent telles dispositions, les cas advenus (1). » On peut y joindre celles d'Auvergne (2) et de Nivernais (3).

Quelle était la raison de ce point de droit? La même que

(1) Art. 219.
(2) Ch. 14, art. 26.
(3) Tit. 27, art. 12.

celle qui avait porté à donner la saisine à l'institution contractuelle (1). Elle était prise du lien formé par le contrat, de l'irrévocabilité du titre (2).

Sous le Code Napoléon, nous avons de plus le grand principe d'après lequel les conventions suffisent à transférer la propriété sans tradition, ainsi que nous l'avons dit en parlant de l'institué contractuel (3). La volonté qui suffisait dans l'ancien droit est encore plus puissante sous le Code Napoléon, et elle doit produire des effets non moins énergiques. Il ne sert de rien de comparer le donataire universel au légataire universel. La comparaison est fautive par des motifs qui sautent aux yeux. Au moment du décès et lorsque le légataire universel devient propriétaire, il trouve l'héritier réservataire investi et saisi par la toute-puissance de la loi. Il faut donc que, par une demande en délivrance, il fasse passer la saisine de l'héritier à lui. Au contraire, dans le cas de donation, le donateur s'engage irrévocablement envers le donataire à un moment où l'héritier n'a (en ce qui concerne le disponible) rien d'acquis, et le droit du donataire précède celui de l'héritier. Il n'a donc pas à demander à ce dernier quelque chose que le contrat l'a empêché d'avoir et que ce même contrat a donnée au donataire.

2429. Du reste, la jurisprudence laisse peu de doute sur ce point, au moins par les doctrines qui sont établies dans ses décisions. Étudions l'espèce suivante : nous disons tout de suite qu'elle n'est pas rendue dans le cas d'un concours du donataire universel avec un héritier à réserve. C'était avec un héritier non réservataire que le donataire universel disputait sur la saisine; mais l'on verra que

(1) *Supra*, n° 2366.
(2) Lebrun, *Successions*, liv. 3, ch. 1, n° 23.
(3) *Supra*, n° 2366.

les raisons de décider sont prises dans un ordre d'idées qui embrasse toutes les hypothèses.

Le 29 novembre 1817, le comte Colaud fit à sa femme par acte notarié une donation de l'usufruit de tous les biens meubles et immeubles qui lui appartiendraient au jour de son décès.

Le sieur Colaud décède en 1819. Sa veuve se met en possession de tous les biens frappés de son usufruit.

Le sieur Mondet, héritier du sang, en 1830, prétend que la veuve était dans la position d'un légataire universel et non d'un donataire entre-vifs, qu'elle aurait dû se faire consentir la délivrance et qu'elle doit restituer tous les fruits perçus. Pour bien préciser l'état de la question, on notera qu'à la vérité il s'agit, dans l'espèce actuelle, d'une donation de biens à venir faite entre époux pendant le mariage; mais il n'échappera à personne que la question est exactement la même que si la donation avait été faite par contrat de mariage; il y a plus, et si on reconnaît qu'il faut accorder la saisine, dans le cas de donation entre mari et femme faite *constante matrimonio*, alors que le titre du donataire est révocable par sa nature, il en résulte un argument *a fortiori* en faveur du donataire par contrat de mariage dont le titre est irrévocable.

Ceci posé, revenons aux faits du procès.

Le 27 février 1833, le tribunal de la Seine débouta l'héritier de sa demande,

« Attendu que les donations universelles dont il s'agit, » étant soumises, comme les autres donations entre-vifs, à » la forme des contrats en général, en produisent les effets, » qui sont, d'après le principe consacré par les art. 938, » 1138 et 1583, de transférer la propriété au moment même » où le consentement des parties est donné, et sans qu'il » soit besoin de tradition....; que si par les donations de

» biens à venir faites aux époux on ne leur transfère pas la » propriété d'un objet corporel, on leur donne au moins un » droit de succession; que cette manière de disposer, quali- » fiée institution contractuelle par les anciennes coutumes, » était considérée comme la cession gratuite de tout ou par- » tie de la succession, et donnait la saisine, ce qui dispen- » sait de la délivrance....; que d'après l'art. 1093 les dona- » tions de biens à venir, faites entre époux par contrat de » mariage, sont soumises aux mêmes règles que celles » qui leur sont faites dans le contrat par des tiers...; » que les époux durant le mariage pouvant se faire des » donations de biens à venir, ces donations doivent avoir » les mêmes caractères et produire les mêmes effets que » celles de semblable nature insérées dans le contrat de » mariage, etc., etc., etc. »

Sur l'appel, arrêt de la cour de Paris du 29 août 1834, qui confirme, « considérant que les dispositions faites aux » époux aux termes de l'art. 1096 du Code civil, constituent » une véritable donation entre-vifs opérant saisine, et » non un legs sujet à la nécessité d'une demande en déli- » vrance. »

Devant la cour de cassation, sur les conclusions de M. Nicod, avocat général, arrêt de la chambre des requêtes du 5 avril 1836 (1) qui rejette le pourvoi, « attendu que la loi » n'admet que deux manières de disposer à titre gratuit de » ses biens, par testament et par donation, et que ces deux » modes sont régis par des règles spéciales et différentes; » que si le testament est la loi dictée par le testateur, la do- » nation est un contrat qui intervient entre le donateur et le » donataire;

» Attendu que la donation faite entre époux durant le ma-

(1) Devill., 37, 1, 35. *Palais*, 27, 1226.

» riage diffère à la vérité de la donation ordinaire entre-vifs
» en ce sens qu'elle peut toujours être révoquée par la seule
» volonté du donateur; mais que ce contrat n'en saisit pas
» moins le donataire d'un droit qui remonte nécessairement,
» quant à son exercice et à ses effets, à la date de l'acte qui
» le renferme, lorsque l'époux donateur décède sans l'avoir
» révoqué; qu'ainsi l'époux survivant n'est pas obligé de
» demander la délivrance de l'objet compris dans la dona-
» tion (1)... »

2430. Puisque le donataire universel a une saisine de droit, une saisine conventionnelle, qui le dispense de la demande en délivrance, il s'ensuit qu'il fait les fruits siens dès l'instant du décès, et qu'on ne saurait lui appliquer l'art. 1005 du Code Napoléon qui règle la situation du légataire universel à l'égard du réservataire.

De plus, les créanciers du défunt ont le droit de l'actionner directement pour les dettes dont il est tenu, et il doit répondre à leur action. Seulement, s'il croit avoir besoin de temps pour prendre qualité, il peut obtenir un délai raisonnable. Ce délai passé, il faut qu'il accepte ou répudie. Revêtu d'une qualité que lui imprime le contrat *ab origine*, et dont les créanciers ont le droit de se prévaloir, il ne saurait laisser indéfiniment en suspens le règlement définitif d'une situation qui touche aux plus pressants intérêts de la succession et des tiers.

(1) En ce sens voyez l'opinion de M. Rigaud, *Revue etr.*, t. IX, p. 995. « Quoique les donations faites par contrat de mariage ne produisent d'effet » réel qu'au moment du décès du donateur, le donataire est néanmoins saisi » irrévocablement, dès le moment de la donation, du droit de prendre, lors » du décès du donateur, les biens qui lui ont été donnés. Ainsi l'époux do- » nataire n'est pas tenu de demander aux héritiers de l'époux donateur la » délivrance des biens dont on lui a fait donation par contrat de mariage. » V. aussi M. Chabot sur l'art. 724, C. Nap., n° 13, et M. Zachariæ, § 739, note 66, t. V, p. 540.

2431. Arrivons maintenant à la question de savoir si le donataire universel peut, avant la mort du donateur, renoncer à la donation ou contracter sur les choses données.

Cette question est voisine de celle que nous avons agitée dans les mêmes termes, à l'égard de l'héritier contractuel (1). Elle se résout par les mêmes considérations.

Une renonciation que le donataire ferait avant la mort du donateur ne serait point valable, même quand elle serait faite dans un contrat de mariage au profit d'une personne à laquelle il voudrait transmettre son droit; car ce serait moins une disposition de sa propre succession, qu'une disposition de la succession du donateur originaire encore vivant. Or, l'art. 791 est formel sur ce point, et il ne veut pas que le contrat de mariage lui-même, malgré sa faveur, serve de moyen à de tels pactes. Il est vrai que le donataire n'est pas en tout semblable à un héritier contractuel, ni même à un légataire. Mais comme il recueille après la mort d'une personne tout ou partie des biens composant la succession de cette personne, il est logique de lui appliquer la prohibition portée par la loi contre les pactes sur les successions futures; s'il pouvait renoncer, il pourrait disposer du bénéfice que cette donation lui promet. La porte serait ouverte à toutes ces conventions qui renferment le *votum mortis*, qui offrent le spectacle immoral du partage anticipé du patrimoine d'une tierce personne vivante (2).

Il existe en sens contraire un arrêt de la cour de Grenoble du 15 mars 1820 (3) rendu sur des faits antérieurs à la promulgation du Code Napoléon. Mais cette décision ne nous

(1) *Supra*, n° 2353.

(2) Voyez aussi *infra*, nos 2546 et suiv. Nous revenons là-dessus avec plus de développements.

(3) Devill., 6, 2,230.

paraît pas suffisante pour modifier notre sentiment, que nous pouvons autoriser, du reste, d'un arrêt de la cour de Riom du 30 avril 1811 (1), portant que, « la donation de » biens présents et à venir n'étant divisible qu'à la mort du » donateur, toute renonciation antérieure est nulle et comme » non avenue. »

2432. Après avoir examiné le cas de renonciation, il faut toucher celui de variation et se demander si le donataire de biens présents et à venir peut, après avoir accepté au décès du donateur les biens à venir, varier dans sa résolution, les répudier ensuite et s'en tenir aux biens présents pour se décharger de dettes qui se découvrent. Sans doute il peut faire abandon de tous les biens, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, même après qu'il s'est immiscé. Mais ce n'est plus là-dessus que porte notre difficulté : il s'agit de savoir si, ayant opté pour ne pas diviser la donation, il peut se repentir et revenir à la division qu'il a repoussée en connaissance de cause.

La négative est incontestable : « *Mutare voluntatem eum non posse*, dit la loi 20 D. *De optione vel elect. leg.*, *ut alia sumeret, quia omne jus legati, prima testatione, qua sumere se dixisset, consumpsit.* » Et c'est ce qu'enseigne expressément Brodeau sur le fondement d'un arrêt du 2 janvier 1637 (2); tel est aussi l'avis de Lebrun (3) : « D'abord quand le dona- » taire a accepté les biens à venir, quand il a exécuté la do- » nation indistinctement depuis le décès, il ne peut plus se

(1) Devill., 3, 2, 484. *Palais*, 9, 291, Dans la notice du journal du Palais la libéralité est appelée *donation de biens présents et à venir*. Dans la collection de Devilleneuve elle est appelée *institution contractuelle*. Les énonciations de l'arrêt prouvent que c'est le journal du Palais qui est dans le vrai. V. plus bas, n° 2546, des décisions qui ont de l'analogie avec ce point.

(2) Sur Louët, lettre D, somm. 69, n° 4. *Supra*, n° 2388.

(3) *Successions*, liv. 4, ch. 2, sect. 2, n° 32.

» repentir et songer à la séparation. Cette fin de non-recevoir est fondée sur l'arrêt du 2 janvier 1637. »

Citons enfin Furgole (1) : « A tout cela il faut ajouter que » dès aussitôt que le donataire a fait l'option, il ne lui est » plus permis de se rétracter et de varier, parce que la faculté de choisir est consommée par le premier choix..... » mais afin que le choix soit irrévocable, il faut qu'il ait été » fait après la mort du donateur. »

Et Pothier (2) met le sceau de son excellent esprit à cette unanimité des auteurs : « Mais le donataire ayant fait ce » choix après la mort du donateur soit expressément, soit » tacitement, *puta* en partageant des biens acquis depuis la » donation, il ne peut plus varier. »

Il ne saurait en être autrement sous le Code Napoléon, qui, plus encore que l'ancien droit, tient à ce que la propriété soit bien assise et que de fâcheuses incertitudes ne planent pas sur des droits qui intéressent les tiers.

2433. On trouve néanmoins un arrêt contraire de la cour de Grenoble du 28 juin 1823 (3).

Benoît Poncet a fait, en 1789, une donation de la moitié de tous ses biens présents et à venir à son fils Claude Poncet dans le contrat de mariage de ce dernier.

Benoît Poncet meurt; les enfants de Claude Poncet prédécédé, venant *jure suo*, ont demandé en 1815 contre les autres fils de Benoît Poncet leurs oncles, et en qualité de donataires, le partage de la succession commune. Le partage a été fait à l'amiable le 24 septembre 1815, il a porté sur toutes les valeurs de la succession et sur les biens présents et à venir.

Le 2 février 1820, les enfants de Claude Poncet ont fait

(1) Sur l'art. 17 de l'ordonn. de 1731.

(2) Cout. d'Orléans, tit. 15, intr., § 3, no 26.

(3) Devill., 7, 2, 331. *Palais*, 17, 1220.

au greffe une renonciation aux biens à venir compris dans la donation de 1789, pour s'en tenir aux biens présents et scinder la donation. Les autres fils Poncet ont soutenu la nullité de cette renonciation. Il y avait à cette division une objection capitale qui ne manqua pas d'être faite aux enfants de Claude Poncet : c'est que, par le partage de 1815, ils avaient accepté la donation pour le tout et qu'ils n'étaient plus recevables à la scinder.

Néanmoins la cour de Grenoble, saisie de la question, crut pouvoir se décider dans le sens de la division, « attendu que, d'après l'art. 17 de l'ordonnance du mois de » février 1731 qui fait la loi des parties, les donations, en » contrat de mariage pouvaient comprendre tant les biens » à venir que les biens présents, et qu'il était au choix du » donataire de prendre les biens tels qu'ils se trouvaient au » jour du décès du donateur, en payant toutes les dettes, » même celles postérieures à la donation, ou bien de s'en » tenir aux biens qui existaient dans le temps qu'elle avait » été faite, en payant seulement les dettes et charges exis- » tantes audit temps ; — que l'art. 36 de la même loi con- » firme cette disposition et porte que, dans tous les cas, le » donataire peut renoncer si bon lui semble à la donation; » que la loi de 1731 a toujours été entendue en ce sens » qu'une libéralité à titre gratuit ne peut, dans aucun cas, » devenir onéreuse, et que le donataire, ne pouvant pas être » grevé au delà des forces des biens, doit, en tout état de » cause, être admis à répudier; que la question a toujours » été jugée ainsi, même avant l'ordonnance de 1731; que » Furgole, t. 6, quest. 8, cite un arrêt du parlement de » Toulouse du 10 septembre 1722, qui a décidé que, quoi- » que le donataire se fût soumis expressément à certaines » charges en faveur du donateur ou des créanciers, il devait » néanmoins être admis à répudier; que la nouvelle juris-

» prudence est conforme à l'ancienne sur ce point, et qu'un » arrêt de la cour de cassation a rejeté le pourvoi contre un » arrêt de la cour de Paris du 25 février 1819 qui avait dé- » cidé que le donataire universel, même après avoir accepté » et recueilli la donation, pouvait en tout temps s'en des- » saisir, en restituant les biens donnés et tout ce qu'il avait » perçu; — que tous les droits et actions résultant de l'hé- » rédité de Claude Poncet ont passé sur la tête de ses héri- » tiers, et que ces derniers peuvent par conséquent répudier » la donation des biens à venir faite par Benoît Poncet, ainsi » que l'aurait pu faire Claude Poncet lui-même..., etc. »

Cet arrêt ne peut s'expliquer que par les idées qu'on avait dans les pays de droit écrit sur la donation universelle, contenant, d'après les auteurs et la jurisprudence, deux donations diverses (1). Dans ce système on peut concevoir à la rigueur que l'acceptation de la donation des biens présents laisse intacts tous les droits relatifs à la donation des biens à venir, qui en est distincte ; de sorte qu'après avoir accepté d'abord cette donation, on puisse la répudier séparément de la donation des biens présents, dont elle se distingue. On a vu cependant tout à l'heure que Furgole, quoique partisan de la distinction des deux donations, n'en pousse pas les conséquences aussi loin que la cour de Grenoble.

2434. On vient de voir se dessiner les caractères dominants de la donation universelle et les effets juridiques dont elle est environnée. On est maintenant en mesure de se prononcer sur l'analogie de la donation universelle et de l'institution contractuelle, analogie qui opère sur bien des points des rapprochements considérables, mais qui laisse subsister, sous d'autres côtés, des différences graves. Il y a des auteurs qui tantôt les ont trop assimilées, tantôt les ont

(1) *Supra*, nos 2389, 2390.

trop séparées. Daguesseau disait même qu'une donation universelle dans un contrat de mariage n'est, à parler correctement, qu'une institution contractuelle (1); ce qui est aller trop loin. Le fait est que ce sont deux libéralités distinctes par leur essence, mais très-souvent voisines par leurs conséquences (2). L'institution contractuelle fait un héritier ; la donation fait un donataire. La première ne se réfère qu'à la mort et aux seuls biens que le disposant laissera à son décès ; la seconde renferme un élément présent, et elle peut, par une option faite au décès, se renfermer dans les biens présents et remonter jusqu'au jour du contrat.

L'institué contractuel, étant héritier de la masse seule laissée au décès, ne peut diviser l'institution, et on lui applique la règle : *Semel hæres, semper hæres.* Le donataire de biens présents et à venir peut au contraire diviser la donation qui se compose de deux natures de biens et préférer les biens présents aux biens à venir. L'institué contractuel est tenu des dettes personnellement et *ultra vires.* Le donataire n'est tenu qu'à cause de la chose, *ob rem.* L'un ne peut répudier après avoir accepté : l'autre, après s'être immiscé, peut abandonner aux créanciers l'actif entier de la donation et par là se décharger des dettes.

Sous les autres rapports, l'institution contractuelle et la donation universelle fraternisent et se confondent pour ainsi dire, et bien des questions qui touchent à l'une se résolvent par les principes qui gouvernent l'autre.

2435. Au reste, on ne confondra pas avec la donation cumulative de biens présents et à venir dont s'occupent les art. 1084 et 1085, une donation qui contiendrait deux donations séparées, l'une de biens présents autorisée par

(1) *Infra*, n° 2456.
(2) *Supra*, n° 2416 *et passim.*

l'art. 1081, l'autre de biens à venir. Ces deux sortes de dispositions peuvent évidemment se trouver *juxtaposées* dans un contrat de mariage. C'est à l'interprétation à voir si l'intention des parties a été d'en faire deux chefs distincts et indépendants, ou de les cumuler pour ne former qu'un tout (1). Cette intention ne serait pas douteuse, si, par exemple, il résultait de l'acte que le donateur a voulu que le donataire fût, des l'instant de la donation, propriétaire irrévocable des biens présents dont il se dessaisit en sa faveur, évidemment il y a là autre chose que la donation universelle dont le Code Napoléon à donné les règles (2).

2436. On portera le même jugement d'une donation dans laquelle le donateur donnerait au futur époux l'immeuble A et l'immeuble B d'une manière précise, et lui donnerait ensuite ses biens à venir. La donation des deux immeubles devrait être considérée comme distincte de la donation des biens à venir. Elle produirait des effets actuels, elle saisirait le donataire et ne serait pas subordonnée à l'événement de la survie. La donation de biens à venir seule dépendrait de cette condition. La raison en est, que la loi ne se préoccupe de la question de survie (art. 1089) que lorsque la donation embrasse une universalité (art. 1084 et 1085), une masse dans laquelle tout est cumulé afin de former, comme dit Lebrun, un revenant bon au jour du décès, à peu près

(1) Cass., req., 30 janvier 1839 (Devill., 39, 1, 443). Cassat., req., 18 mars 1835 (Devill., 35, 1, 862). V. *infra*, n° 2443.

(2) Néanmoins on a considéré comme constituant la donation cumulative prévue par l'art. 1084, et non comme deux donations distinctes, la donation même qualifiée entre-vifs et irrévocable, d'une quotité de biens présents et à venir, quoiqu'il fût stipulé qu'en cas de séparation entre le donateur et le donataire, *celui-ci jouirait de suite des biens présents*, et encore que le donateur s'y réservât le droit de retour. Nîmes, 9 novembre 1859 (Devill. 59,2,644). Ces stipulations, je dois le dire, se combinent mal avec l'idée de donation cumulative dont la nature est de ne recevoir effet qu'au décès du donateur. V. *Supra*, n°s 2400 et suiv.

comme dans le cas de succession ; de sorte que, si le donataire ne vit plus à ce moment, la libéralité s'évanouit. Or, il n'y a rien de pareil dans la donation de deux domaines individualisés, et actuellement donnés à titre singulier.

2437. Par les mêmes raisons, le défaut d'état des dettes n'empêcherait pas le donataire de s'en tenir aux immeubles A et B. Car il en est déjà propriétaire dès avant le décès ; il n'a pas besoin d'une option, laquelle suppose que les choses sont entières. Ici, elles ne le sont pas. L'acte a opéré par une vertu contemporaine de sa date, et la question de propriété a été tranchée *ab initio*.

2438. Au surplus la donation de biens présents et à venir est susceptible de toutes les modifications et déviations qui ne sont pas incompatibles avec les bonnes mœurs et l'ordre public. La volonté des parties est souveraine ; elle peut se prêter à l'infinie variété des intérêts privés.

On demande à ce propos si un donateur pourrait valablement insérer, dans une donation de biens présents et à venir, la clause suivante : « Je veux qu'à mon décès, Pierre, donataire, ait la faculté ou d'accepter la donation pour le tout ou de s'en tenir aux immeubles A et B. » Cette clause peut avoir quelque utilité, afin que le donataire, s'en tenant aux biens donnés à titre particulier, soit dans une meilleure position par rapport aux dettes. Je n'y vois pas d'inconvénient. La donation éventuelle des immeubles A et B est une sorte de legs d'option sous forme d'institution contractuelle (1). C'est comme si le donateur avait dit : « J'institue Pierre mon héritier dans les biens que je laisserai à mon décès, si mieux il n'aime se contenter des immeubles A et B que je lui laisse dans le cas ou il les préférerait. » Nous disons que c'est là une institution contractuelle plutôt qu'une do-

(1) *Supra*, n° 2364.

nation de biens présents et à venir. En effet, le donateur n'a pas donné tous les biens présents, puisqu'il a ôté au donataire la faculté d'opter pour eux. Il n'a évidemment donné contractuellement, malgré sa formule, que ce qu'il laissera à son décès ; ce qui est le caractère de l'institution contractuelle. Quant aux immeubles A et B, ce n'est pas autre chose que deux corps certains qui pourront être pris dans l'universalité après le décès ; ils figurent là comme legs et non comme donation présente ; aucun droit précis n'a été attribué sur eux avant le décès. Jusque-là, ils restent confondus dans la masse, et ils ne prennent un nom, une individualité, un caractère propre, que lorsque la succession est ouverte.

2439. Examinons, maintenant, qui peut faire la donation de biens présents et à venir, au profit de qui, dans quel acte et sous quelle forme elle peut être faite.

La donation de biens présents et à venir peut être faite par les mêmes personnes et dans la même forme que l'institution contractuelle.

Elle est valablement faite par toute personne capable de disposer à titre gratuit, parente ou non parente des futurs époux.

Il ne suffit pas qu'elle soit faite en faveur d'un mariage ; il faut qu'elle soit faite dans le contrat même ou dans les annexes qui règlent les intérêts pécuniaires des époux. Autrefois, une semblable donation pouvait être faite dans le contrat des fiançailles, qui était sous ce rapport assimilé au contrat de mariage et qui recevait une ratification de la célébration subséquente du mariage (1). Il n'en est plus ainsi de nos jours : il n'y a que le contrat de mariage et ses annexes, conformément aux art. 1396 et 1397 du Code

(1) Cass., req., 22 avril 1834 (Devill., 1834, 1, 235)

Napoléon, qui puissent contenir une donation de biens présents et à venir (1).

2440. La donation se fait par un tiers aux futurs époux ou à l'un d'eux. Elle est de plus réputée faite aux enfants à naître du mariage, lesquels sont vulgairement substitués au donataire.

D'après l'ancien droit, elle pouvait se faire d'une manière directe et principale au profit des enfants à naître du mariage. On en trouve plusieurs exemples : ainsi le contrat de mariage passé entre le duc d'Orléans, depuis Henri II, et Catherine de Médicis, qui contenait une donation universelle faite par les époux au profit des enfants à naître de leur union (2).

Un contrat de mariage passé entre Mme de Lustrac, veuve du maréchal Saint-André, et messire Geoffroy, baron de Caumont, renfermait aussi une donation de tous biens présents et à venir au profit des enfants qui naîtraient dudit mariage (3).

Et cet usage était autorisé par l'ordonnance de 1731, qui, après avoir en général annulé la donation de biens présents et avenir, exceptait de cette disposition « les dona- » tions faites par contrat de mariage en faveur des conjoints » ou de leurs descendants (4). » Ce qui permettait de faire la donation d'une manière directe au profit des descendants (5).

Le Code Napoléon est moins large. Il ne permet pas les donations de biens à venir faites au profit des enfants à naître, quand il n'a pas été fait de donation principale au

(1) Sur la transcription de la donation universelle (voyez *supra*, n° 1169).
(2) V. Servin, liv. 2, plaid. 48.
(3) V. Bouguier, D, n° 8.
(4) Art. 17.
(5) *Supra*, n° 2341.

profit de l'un des époux. On a vu ci-dessus la disposition de l'art. 1082 (1). Cette disposition s'applique aux libéralités dont s'occupe l'art. 1084 (2).

En effet, la faveur dont le contrat de mariage est entouré n'a qu'un but; c'est d'encourager les mariages et de favoriser la fondation d'une famille nouvelle. Or, il est beaucoup plus important, pour que ce but soit atteint, que la libéralité s'adresse principalement aux époux eux-mêmes. Une donation faite aux époux et subsidiairement à leurs enfants, aura plus d'influence sur la formation du mariage, qu'une espérance très-incertaine placée sur la tête d'enfants à naître. Une autre considération très-grave est qu'il vaut mieux, pour le respect de la puissance paternelle, que les biens arrivent aux parents et restent dans leurs mains jusqu'à leur mort, que d'être directement recueillis par les enfants, et de leur constituer une fortune indépendante.

2441. Nous avons dit ci-dessus (3) que le Code Napoléon, pour prévenir de sérieuses difficultés, a établi que le donataire ne pourrait profiter du droit d'option qu'autant qu'il serait annexé à l'acte un état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation.

Il faut que l'état soit assez détaillé pour que chaque dette puisse se distinguer de toute autre. Aussi a-t-il été jugé avec raisón que le vœu de la loi n'est pas rempli par une déclaration portant que « compensation faite de l'actif et » du passif, le passif peut s'élever à une somme de... » (12,000 fr. par exemple) » (4). En effet, si les créanciers se présentent au donataire avec des titres antérieurs, mais

(1) N° 2360.

(2) MM. Duranton, t. IX, n° 729; Zachariæ, et ses annotateurs, § 744, note 7.

(3) N° 2399.

(4) Limoges, 19 mars 1841 (Devill., 41, 2, 442).

n'ayant pas de date certaine, et prétendent peut-être à plus que la somme fixée, comment reconnaîtra-t-il ceux qu'il doit payer pour satisfaire à la charge que la donation lui impose ?

2442. L'obligation de représenter un état des dettes et charges ne cesse pas par la circonstance que le donateur se serait réservé l'usufruit des biens donnés. Cette réserve est indifférente pour le cas particulier. Ne changeant pas le caractère de la donation, elle n'en change ni les conditions ni les effets essentiels. Le donataire ne pourra donc pas user d'une option dont il ne remplit pas la condition d'existence (1).

De même, si le donateur avait fait concourir le donataire à des actes d'aliénation des biens donnés et à l'achat par le donateur d'autres biens, on ne pourrait pas dire que cette circonstance a modifié le caractère de la donation, que le donataire a été saisi des biens présents, et que par conséquent il n'a pas besoin de représenter l'état des dettes, pour faire l'option ; que cette option n'est pas à faire, mais qu'elle est plus que faite puisque le donataire est déjà investi des biens présents. De tels faits ne sont pas suffisants pour faire qu'il y ait eu originairement deux donations distinctes au lieu d'une donation cumulative. Il faut donc rester dans le droit commun, et écarter l'option si l'état détaillé n'est pas représenté (2).

2443. On a été plus loin, et il été décidé par arrêt de la cour de Grenoble du 19 février 1847 (3), que, faute d'un état des dettes, on doit refuser l'option au donataire, alors même qu'en vertu d'une clause du contrat, il a été mis en possession de tous les biens présents, de sorte qu'il doit ac-

(1) Cassat., 31 mars 1840 (Devill., 40, 1, 407; *Palais*, 40, 1, 579).
(2) Cassat., 31 mars 1840 (Devill.), 40, 1. 407: *Palais*, 40, 1, 579).
(3) Devill., 48, 2, 144; *Palais*, 48, t. I, 663.

cepter ou répudier le tout sans pouvoir diviser, et que s'il répudie, il doit abandonner les biens dont le donateur de son vivant s'est dessaisi et l'a mis en possession.

Une telle décision se justifie d'elle-même, quand il est établi en fait, par l'interprétation du contrat, que le donateur n'a pas eu l'intention de faire deux donations séparées, l'une de biens présents, l'autre de biens à venir, et que, malgré la mise en possession du donataire avant le décès du donateur, ce dernier a voulu faire une donation cumulative de tous les biens présents et à venir. C'est à ce point de vue que s'est placée la cour de Grenoble; elle l'a pu, quoique ses motifs ne soient pas exempts de reproche. A la rigueur une certaine participation du donataire dans les biens présents, du vivant du donateur, n'est pas radicalement incompatible avec le caractère cumulatif de la donation de biens présents et à venir.

Toutefois, dans l'espèce jugée par la cour de Grenoble, il n'aurait pas été impossible de trouver dans le contrat de mariage deux donations distinctes (1). Mais nous ne sommes pas assez éclairé sur les faits pour prendre parti contre la solution préférée par la cour de Grenoble.

2444. Le Code ne prescrit pas de faire un état estimatif et descriptif des meubles du donateur au moment de la donation, comme dans le cas de donation entre-vifs de biens présents mobiliers (2). Il suit de là deux choses : la première, que le donataire qui accepte la donation dans son entier, profite même de tous les meubles, bien qu'un état n'existe pas (3); car l'incertitude des biens ne vicie pas la

(1) *Supra*, n° 2435.

(2) Art. 948, *supra*, n° 1252.

(3) Cassat., 27 février 1821 (Devill., 6, 1, 388; *Palais*, t. XVI, p. 410). Furgole sur l'art. 17 de l'ordonn. de 1731. MM. Grenier, t. III, n° 435. Toullier, t. V, n° 831. Dalloz, v° *Dispos. entre-vifs*, ch. XI, sect. 3, n° 8.

donation de biens présents et à venir, et le donataire prend ce qui existe au décès. La seconde, qu'à défaut de cet état du mobilier, le donataire n'est pas privé du droit d'opter entre les biens présents et à venir, puisque le législateur n'en a pas fait une condition de ce droit (1).

Pourtant, si dans le cas où un état de meubles n'a pas été dressé, le donataire opte pour les biens présents, plusieurs auteurs ont enseigné qu'il n'a pas droit aux meubles, par la raison que la donation devient une donation de biens présents pour laquelle l'art. 948 du Code Napoléon exige impérieusement l'état des meubles. Suivant eux, le donataire devra se contenter des biens immeubles et néanmoins acquitter les dettes comprises dans l'état (2). Cette opinion n'est pas soutenable. Si la donation était originairement une donation de biens présents, quoique faite par contrat de mariage, on n'aurait pas tort de lui appliquer l'art. 948. C'est ce qui résulte du rapprochement de cet article avec l'art. 947 (3). Mais la donation dont nous parlons est autre chose : elle est originairement et dans son principe une donation de biens présents et à venir, pour laquelle l'état des meubles n'est pas nécessaire. Or, pour juger de la validité d'un acte, il faut se reporter au temps de sa confection et n'exiger de lui que les formes nécessaires à ce moment.

Il est vrai que par le fait postérieur d'une division ou d'une option dépendantes de la pure volonté du donataire, la donation devient en réalité une donation de biens présents. Mais cet événement qui surgit *ex post facto*, ne peut réagir sur la validité de l'acte pris à son point initial.

(1) M. Grenier, t. III, n° 435.

(2) M. Rolland de Villargues, Rép., v° *Donat. en faveur du mariage*, n° 38. M. Vazeille sur l'art. 1084, n° 2. M. Zachariæ, t. V, p. 512, § 740.

(3) *Supra*, n° 1250.

« *Initium inspiciendum est.* » L'acte était valable au commencement; il ne peut pas cesser de l'être par la suite.

Aussi notre article, en consacrant le droit d'option du donataire pour les biens présents, ne fait-il pas d'exception pour les meubles non détaillés *ab initio*. Il autorise le donataire à prendre, sans distinction, tout ce qui était présent au temps de la donation; puisqu'il oblige le donataire à payer toutes les dettes, il ne veut pas qu'il soit privé d'une portion de l'actif, souvent très-importante, sous prétexte de l'omission d'une formalité non requise dans le principe et contraire même à la pensée du disposant, qui, voulant donner en bloc, n'a pas entendu entrer dans le détail de son avoir.

C'est ce que Furgole enseignait positivement du reste sous l'ordonnance de 1731, dont l'art. 17 était conforme à l'art. 1084. « Cela est si vrai que notre article veut que » dans le cas de l'option faite par le donataire de biens » présents, il puisse prendre les biens qui existaient lors de » la donation, sans excepter les meubles, ni les distinguer » des autres biens (1). »

Il est vrai que le donataire aura souvent de la peine à établir la consistance des meubles au temps de la donation; mais c'est là une difficulté dont il a dû calculer la portée en faisant son option. On peut, au surplus, prévoir bien des cas où l'existence des meubles est facilement et authentiquement prouvée, par exemple lorsqu'il s'agit de rentes sur le grand-livre, d'actions de la banque, d'actions des chemins de fer, d'actions dans des entreprises industrielles, etc., etc. Serait-il juste alors d'enlever cet émolument au donataire chargé des dettes? Au moins, quand l'art. 948 du Code Napoléon annule la donation de biens présents pour omission de l'état des meubles, il ne fait pas payer les dettes au

(1) Sur cet article, p. 161.

donataire. Ici, on lui enlèverait les meubles et on ne retrancherait aucune partie des dettes!

2445. Les donations cumulatives de biens présents et à venir sont les seules dont s'occupe notre article. Il ne parle pas des donations de biens à venir non mélangés de biens présents. C'est cependant un genre de disposition qui a sa place dans cette étude. L'art. 1093 les mentionne spécialement dans les donations d'époux à époux. Le législateur n'a pas la pensée de les interdire, malgré son silence, dans les donations faites par des tiers en contrat de mariage. Celui qui peut donner ses biens présents et à venir peut, à plus forte raison, donner ses biens à venir seulement (1). Aucun doute ne saurait donc exister à cet égard.

Mais il y a plus de difficulté pour préciser le vrai caractère de la donation de biens à venir.

Pour y parvenir, il faut tout d'abord distinguer entre la donation de biens à venir faite à titre particulier et la donation de biens à venir faite à titre universel (2).

La donation de biens à venir à titre particulier a lieu lorsque, par exemple, je vous donne les acquêts que je ferai dans la société que je viens de constituer avec Pierre, et qui doit durer dix ans (3). Une telle donation doit produire ses effets aussitôt après la liquidation de la société, qui fixera une part dans les acquêts. Vous pourrez vous en faire saisir même de mon vivant. Il n'y a rien dans cet acte qu'on ne puisse comparer à un contrat du droit commun, *puta*, à un contrat d'hypothèque de biens à venir formé dans les termes de l'art. 2130 du Code Napoléon et qui donne droit au créancier au fur et à mesure des acquisitions.

Quant à la donation de tous les biens à venir ou d'une

(1) Voy. d'ailleurs, *infra*, n° 2455, et l'argument fourni par l'art. 1086.
(2) Furgole sur l'art. 15 de l'ordonn. de 1731, p. 135.
(3) *Infra*, n° 2455.

quote des biens à venir, il en est autrement, à cause de son caractère de généralité et de sa relation avec le décès du disposant; elle ne diffère pas d'une institution contractuelle *parte in qua*. L'objet de la donation portant sur des choses indéterminées et incertaines, qui ne prendront un caractère de certitude que par le décès du disposant, il n'y a là que la collation d'un titre successif par contrat. On n'y trouve pas l'élément présent qui joue un rôle si important dans la donation de biens présents et à venir, et qui la distingue de l'institution contractuelle. Ici, tout est livré aux chances de l'avenir; la donation n'a en vue que des choses soumises à une *alea*, et dépendantes de la volonté ambulatoire du disposant, qui peut acquérir ou n'acquérir pas. Ce dernier ne donne qu'un futur contingent, un revenant bon, s'il y en a à son décès. Qu'est-ce autre chose que le don d'une succession ou de partie d'une succession?

Du reste, il n'y a pas d'exemples de donations de biens à venir faites, dans les contrats de mariage, par un tiers à l'un des futurs époux; on n'y trouve que des donations de biens présents et à venir. Pothier a cependant fait la distinction, et il faut la maintenir (1).

Il est vrai qu'elles sont fréquentes dans les contrats entre futurs époux (2), et il ne faut pas s'en étonner. Deux personnes qui s'unissent en mariage ont droit d'espérer que leur union sera prospère et que leur travail commun les enrichira. Il est donc naturel qu'elles disposent, au profit l'une de l'autre, de leurs futurs acquêts et des choses mobilières et futures qu'elles laisseront à leur décès (3).

(1) Cout. d'Orléans, intr. au tit. 15, no 26. Il parle de la donation des biens à venir, puis immédiatement de la donation des biens présents et à venir. Mais il n'indique pas quelle est la nature de la donation des biens à venir.

(2) Art. 1093.

(3) V. Brodeau sur Loüet, lettre D, somm. 10, no 7.

La position des tiers qui font des libéralités aux époux, est toute différente et ne leur inspire pas les mêmes dispositions. Mais nous croyons que si, par hasard, une telle donation se rencontrait, elle devrait se régler par les principes de l'institution contractuelle : c'est ce que nous inférons de l'art. 1093 du Code Napoléon, ainsi conçu :

« La donation de biens à venir, ou de biens présents et à » venir, faite entre époux... sera soumise aux règles établies » par le chapitre précédent, à l'égard des donations pareilles » qui leur seront faites par un tiers, etc., etc. » Et quelles règles pourrait-on emprunter au chapitre VIII, pour les appliquer à la donation des biens à venir, si ce ne sont les règles de l'institution contractuelle (1)?

Au surplus, il est clair que celui qui ne donne que ses biens à venir n'entend pas donner ses biens présents, et que le donataire n'a aucun droit aux biens existants lors de la donation. Il outre-passerait son titre s'il voulait transformer la libéralité en une donation cumulative. Il y a dans la nature des choses une séparation profonde entre les biens présents et les biens à venir. De même que la loi les distingue (2), le donateur a pu les distinguer aussi, et le donataire doit se contenter de la part qui lui est faite.

ARTICLE 1086.

La donation par contrat de mariage en faveur des époux et des enfants à naître de leur mariage, pourra encore être faite, à condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur, ou sous d'autres conditions dont l'exé-

(1) *Junge* MM. Duranton, t. IX, n° 671. Coin-Delisle sur l'art. 1082 *passim*. Zachariæ, § 739, 1°, t. V, p. 503, édit. de MM. Aubry et Rau.

(2) Art. 943. 15 de l'ordonn. de 1731.

cution dépendrait de sa volonté, par quelque personne que la donation soit faite : le donataire sera tenu d'accomplir ces conditions, s'il n'aime mieux renoncer à la donation ; et en cas que le donateur, par contrat de mariage, se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation de ses biens présents, ou d'une somme fixe à prendre sur ces mêmes biens, l'effet ou la somme, s'il meurt sans en avoir disposé, seront censés compris dans la donation, et appartiendront au donataire ou à ses héritiers.

SOMMAIRE.

2446. La règle « donner et retenir ne vaut » n'est pas applicable aux contrats de mariage. — De là l'art. 1086. — Article semblable de l'ordonnance.

2447. Notre article embrasse même les donations de biens présents.

2448. De la condition de payer les dettes et charges de la succession du donateur.

2449. Le donataire peut s'exonérer des dettes en abandonnant les biens, même après s'être immiscé.

2450. Il est vrai qu'un donataire ne peut pas, en général, se dégager d'une charge exprimée dans une donation qu'il a d'abord acceptée. — Raison de cette différence.

2451. Suite. — Des cas où la charge est dans l'intérêt du donateur.

2452. Pour les donations universelles, renvoi.

2453. Des conditions potestatives de la part du donateur. — De la condition d'exécuter le testament du donateur.

2454. Du don d'une somme à prendre sur des immeubles déterminés.

2455. D'une chose donnée sous la condition si j'en deviens propriétaire ou si elle se trouve dans ma succession.

2456. De la réserve de disposer de tout ou partie des biens donnés.

2457. Différence entre la réserve de la faculté de disposer et la réserve de la chose elle-même.

2458. Doutes sur le sens de la réserve d'un chose pour en disposer.

2459. De la réserve de la faculté de disposer dans une donation universelle.

2460. Que devient la chose, si la donateur n'en a pas disposé ? Y a-t-il une différence à établir à cet égard entre l'institution contractuelle et la donation cumulative ?

2461. Celui qui s'est réservé de disposer d'un bien, s'est-il par cela seul interdit d'aliéner les autres biens à titre onéreux?

2462. C'est une question d'intention.

2463. Si le donateur a excédé les limites de la réserve, il y a lieu à réduction.

2464. Quand le donateur a désigné une personne à qui il voulait donner la chose réservée, peut-il donner à une autre?—C'est une question d'intention.

2465. De la substitution d'une chose à la chose dont la disposition est réservée. — Renvoi.

2466. Droit intermédiaire, sur la dévolution de la chose si le donateur n'a pas usé de la réserve.

2467. Question transitoire. — Une loi nouvelle, augmentant la légitime, est-elle applicable à la valeur dont le donateur s'est réservé la disposition ? Oui.

2468. Explication d'un arrêt qui paraît contraire et ne l'est pas.

COMMENTAIRE.

2446. La règle « *donner et retenir ne vaut,* » qui n'est qu'une énergique traduction du principe de l'irrévocabilité des donations entre-vifs, entraîne plusieurs conséquences déduites et expliquées dans les art. 943, 944, 945 et 646 du Code Napoléon (1). Mais on sait déjà (car nous l'avons souvent répété) que ce principe reçoit exception dans les contrats de mariage, qui sont susceptibles de toutes les clauses non contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, et qui comportent de si nombreuses dérogations au droit commun. Ainsi, nous avons vu que la loi, par les articles 1082 à 1085, permet de donner, par contrat de mariage, la succession du donateur et ses biens à venir; ce que défend

(1) V. *supra*, nos 1193 et suiv.

l'art. 943. Par l'art. 1086, dont nous commençons le commentaire, il est permis de donner sous des conditions dont l'exécution dépend de la volonté du donateur ; ce qui est contraire à l'art. 944. Il est également permis de donner sous la condition de payer des dettes et charges du donateur autres que celles existantes à l'époque de la donation et expressément déclarées, par exemple sous la condition de payer toutes les dettes et charges qui grèveront la succession du donateur ; ce qui est une dérogation notable à l'art. 945. Enfin, il permet au donateur de se réserver la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation ou d'une somme à prendre sur les biens donnés, de telle sorte que l'effet ou la somme appartiendront au donataire si le donateur n'en a pas disposé ; ce qui est une combinaison prohibée en droit commun par l'art. 946. On a donc raison de dire que la règle « *donner et retenir ne vaut,* » n'est pas observée dans les contrats de mariage. Ce qui ne signifie pas que ces donations ne saisissent pas ; car il y a en elles un lien qui ne peut être brisé. Mais elles ne saisissent, que sous les conditions y apposées. Elles sont irrévocables pour ce qu'elles contiennent, et comme le disait la coutume du Bourbonnais, elles saisissent, les cas avenus (1).

Tout ceci, du reste, est emprunté à l'ancienne jurisprudence qui ne favorisait pas moins le mariage que le Code Napoléon (2), et qui avait parfaitement vu que les précautions prises par la loi pour empêcher les fraudes dans les matières ordinaires, n'avaient aucune utilité dans les contrats de mariage (3). Elle tenait donc comme un point de

(1) Art. 219. Auroux des Pommiers sur 212, n° 10.

(2) Auvergne, ch. 14, art. 25. Vermandois, art. 55. Châlons, art. 65. Bourbonnais, art. 212. Bar, art. 167.

(3) Dumoulin, apostille sur l'art. 160 de l'ancienne Coutume de Paris. Brodeau sur Louët, lettre D, somm. 5, n° 4.

droit constant que la stabilité des donations faites en contrat de mariage se conciliait avec l'inobservation de la règle « *donner et retenir ne vaut.* » L'ordonnance de 1731 n'avait pas manqué de le consacrer. En effet, l'article 18 était ainsi conçu : « Entendons pareillement que les donations de » biens présents, faites à condition de payer indistinctement » toutes les dettes et charges de la succession du donateur, » même les légitimes indéfiniment, ou sous d'autres con- » ditions, dont l'exécution dépendrait de la volonté du » donateur, puissent avoir lieu dans les contrats de mariage » en faveur des conjoints ou de leurs descendants, par quel- » ques personnes que lesdites donations soient faites, et » que le donataire soit tenu d'accomplir lesdites conditions » s'il n'aime mieux renoncer à ladite donation; et en cas » que ledit donateur par contrat de mariage se soit réservé » la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation » de ses biens, ou d'une somme fixe à prendre sur lesdits » biens, voulons que s'il meurt sans en avoir disposé, » ledit effet ou ladite somme appartiennent au donataire » ou à ses héritiers, et soient censés compris dans ladite » donation. »

Nous avons cru devoir mettre cet article sous les yeux du lecteur, parce qu'il peut servir à éclairer l'article 1086 par d'utiles rapprochements. Tous deux du reste, sous une formule différente, arrivent au même but.

2447. Ce qu'il y a de plus exceptionnel dans les dispositions de l'article 1086, ce n'est pas de le voir altérer l'irrévocabilité de la donation en ce qui concerne les donations de biens à venir ou l'institution contractuelle ; ces libéralités laissent par nature une assez grande liberté au donateur : mais c'est qu'il permette l'insertion des clauses et conditions dont il s'agit dans une donation de biens présents faite par contrat de mariage. Aussi la cour de Riom avait-elle douté

de la volonté de notre article d'embrasser même les biens présents, et elle avait cru pouvoir décider que l'art. 1081 limitait l'art. 1086 et le rendait étranger aux biens présents.

Mais c'est là une erreur évidente. Nous avons vu, en effet, que l'art. 18 de l'ordonnance de 1731 s'occupe expressément des donations de biens présents. L'article 1086 a la même pensée : la disposition en est générale et se réfère à tous les articles précédents. S'il ne commence pas, comme l'ordonnance, par ces mots : « Entendons que les donations « de biens présents, etc., » il n'en est pas moins vrai que dans sa seconde partie et arrivant à la réserve de disposer, il suppose que cette clause est ajoutée à une donation de biens présents. Il suit de là que lorsque l'art. 1081 soumet toute donation entre-vifs de biens présents, quoique faite par contrat de mariage, aux règles générales prescrites pour les donations faites à ce titre, on doit sous-entendre que c'est sous réserve des modifications apportées à ces règles par l'art. 1086. La raison dit d'ailleurs qu'il en doit être ainsi. Le législateur considère la faveur du mariage comme l'emportant sur les intérêts qui ont fait établir la règle : « *donner et retenir ne vaut.* » Or ce motif rend inapplicables à toutes les dispositions quelconques faites par contrat de mariage toutes les conséquences du principe de l'irrévocabilité : c'est pourquoi l'arrêt de la cour de Riom a été cassé par arrêt de la cour de cassation du 27 décembre 1815 (1).

2448. Passons en revue les conditions exceptionnelles qu'autorise notre article. La première est de payer toutes les dettes et charges de la succession du donateur. Ces dettes peuvent être nombreuses et la volonté du disposant peut les élever jusqu'à sa mort à un chiffre onéreux. Il

(1) Devill., 5, 1, 129.

n'importe : le donataire a accepté cette chance aléatoire; elle n'est pas inconciliable avec la donation entre-vifs faite en contrat de mariage. Il doit donc payer ces dettes ou répudier la donation. Telle est la disposition de notre article.

2449. Cet article ne dit pas, en termes exprès, si le donataire peut renoncer à la donation, lors même qu'il s'est immiscé (1). Mais en y réfléchissant il n'y a pas de doute qu'il résout cette question implicitement pour l'affirmative. Il s'applique, en effet, autant aux donations de biens présents, qu'aux donations cumulatives de biens présents et à venir. Or supposons que Pierre donne à François qui se marie, et en vue de son mariage, les deux terres qu'il possède dans le département de la Meurthe, à la charge de payer la moitié des dettes de la succession. Pierre, qui, au décès, s'aperçoit que les dettes absorbent les biens, peut, d'après notre article, renoncer à la donation, quoiqu'elle l'ait mis dès le mariage en possession et quoique par conséquent il se soit immiscé. Il n'y a rien à répondre à ce raisonnement et l'on peut dire avec certitude que notre article ne laisse aucun doute sur la solution que nous en faisons découler.

2450. On opposerait en vain que nous avons enseigné ci-dessus (2) que le donataire ne peut répudier la donation acceptée, alors que les charges dont il veut s'exonérer par cet abandon lui ont été imposées par des clauses expresses du contrat. Il est vrai, en effet, que dans les donations gouvernées par le droit commun, il n'est pas permis au donataire de se dégager d'une convention réciproque qui lui impose, en vertu d'un pacte précis et mûrement concerté, une charge parfaitement définie à l'avance et intéressant le dona-

(1) *Supra*, nos 60, 64 et suiv.
(2) *Supra*, no 69.

teur. Mais ici la situation n'est pas la même. Nous sommes en présence d'une donation qui soumet le donataire à des charges indéfinies et potestatives. Car c'est de celles-là seules que s'occupe l'art. 1086. Or, on ne peut appliquer à un donataire placé en face d'éventualités dont il n'a pu apprécier d'avance la portée et qui dépendent du fait arbitraire du donateur, la règle qui domine un donataire qui a fait sa condition lui-même après avoir pu mesurer le poids de la charge imposée. Il a pu croire que le donateur n'abuserait pas du droit de faire des dettes et qu'il conserverait équitablement à la donation son caractère de libéralité. Puisque le donateur a dépassé les bornes, il est juste que le donataire, à son tour, en puisse sortir pour ne pas être victime de sa confiance.

Ainsi, tout se lie dans notre doctrine, et l'art. 1086, fait pour un cas particulier, est sans influence sur les donations gouvernées par le droit commun.

2451. Nous ajoutons une autre considération.

La jurisprudence qui lie le donataire à la charge expresse de la donation, doit être entendue en ce sens qu'il s'agit d'une charge qui donne à l'acte une couleur de commerce, ainsi que nous l'avons expressément remarqué ci-dessus (1). Il faut que la charge soit stipulée en faveur du donateur et qu'il ait un intérêt personnel et réel à en demander l'accomplissement. Telle serait la charge de payer au donateur une rente viagère, ou de le loger et nourrir sa vie durant. Or, l'obligation de payer telles ou telles dettes n'a pas cette couleur de commerce; elle ne donne pas au contrat un caractère commutatif; elle n'engendre pas des devoirs réciproques particuliers. Elle ne fait qu'appliquer la règle de droit : *bona non dicuntur nisi deducto œre alieno* (2), et lors même qu'il

(1) N° 69.
(2) *Supra*, n° 1217.

s'agirait d'une donation de biens présents, avec condition de payer les dettes portées dans un état détaillé, nous pensons que le donataire qui se serait trompé sur la valeur des biens, pourrait répudier la donation s'il reconnaissait qu'elle lui est onéreuse. En pareil cas, en effet, le donateur ayant voulu être libéral, on ne peut lui prêter l'intention d'avoir fait une spéculation pour prendre le donataire dans le piége et le rendre victime de sa bonne foi. Il n'a parlé des dettes qu'à cause des biens et non pour s'exonérer aux dépens du donataire. Le donataire peut donc renoncer aux biens pour se décharger des dettes. C'est ce que nous avons enseigné ci-dessus avec tous les auteurs (1), et ce qui ne saurait être contesté. A ce nouveau point de vue donc, on ne saurait opposer à la solution qui fait l'objet du n° 2449 la doctrine émise au n° 69.

2452. Quant aux donations universelles, nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons exposé ci-dessus sur la faculté du donataire de se décharger des dettes en abandonnant les biens, même alors qu'il s'est immiscé (2). Remarquons que cette question sort des termes précis de notre article, qui ne s'occupe que du cas où la donation contient une charge expresse de payer des dettes exceptionnelles; au lieu que dans la donation de biens présents et à venir, la charge de les payer est naturelle et de droit. Ajoutons que ce qui fait la difficulté dans le cas de donation de biens présents et à venir, c'est l'analogie de ce genre de libéralité avec l'institution contractuelle. Néanmoins l'art. 1086 offre un argument qu'il ne faut pas dédaigner.

2453. L'obligation de payer toutes les dettes de la succession n'est pas la seule qu'autorise l'art. 1086; il permet

(1) *Loc. cit.*
(2) N°s 2415 et suivants.

encore d'imposer des charges dépendantes de la volonté du donateur. Telle serait l'obligation d'exécuter le testament laissé par le donateur (1).

A ce sujet, il y a une remarque à faire; d'anciens et importants arrêts ont décidé que cette charge devait être limitée à l'obligation de payer les frais funéraires, et que le donataire n'était pas tenu des legs et autres charges (2). On peut citer un arrêt du parlement de Paris du 14 avril 1576, prononcé en robes rouges, et un second du 20 avril 1614 (3). Dumoulin donnait à la clause un peu plus d'extension en l'expliquant ainsi : « *reservationem testandi super rebus donatis* » *intelligi debet de parte ut non vitiet donationem, non de* » *omnibus, sed secundum dignitatem personæ* (4). » Il est certain que c'est en ce sens que cette clause devait être entendue dans les donations soumises à la règle « *donner et* » *retenir ne vaut,* » afin de faire valoir la donation (5). Mais je ne sais si on pourrait lui imposer ces limites dans l'espèce d'une donation qui permet de soumettre la libéralité à des charges dépendantes de la volonté du disposant. L'arrêt de 1576 était-il rendu à propos d'une donation faite en contrat de mariage? Je l'ignore. Celui du 20 avril 1614 concerne un don mutuel, et cette circonstance est à considérer. Les juges ne voulurent pas que celui qui décéderait le premier eût le pouvoir de rendre le don mutuel sans effet par une quantité effrénée de legs.

2454. Parmi les conditions potestatives qui peuvent trouver leur place dans les donations en contrat de mariage, on

(1) Brodeau sur Louët, lettre D, somm. 10, n° 4.

(2) *Id.*

(3) Brodeau sur Louët, lettre D, somm. 10, n° 4. Boerius, quest. 244, n° 9.

(4) Sur Auvergne, ch. 14, art. 20.

(5) Argum. de la Coutume de Nivernais, T. *des Donations*, art. 3. Auvergne, ch. 14, art. 20. Chabrol sur cet article.

peut citer celle-ci : « Je donne au futur époux 100,000 francs » à prendre sur les immeubles que je laisserai à mon décès, » sans que cette donation m'empêche de les aliéner. » Bien que le donateur puisse anéantir la donation par ses ventes, cette donation se soutient à la faveur des exceptions dont le contrat de mariage est environné. Il faut dire, d'ailleurs, que lors même que le donateur ne se serait pas réservé le droit d'aliéner, ce droit existe virtuellement et est sous-entendu, puisqu'il n'a voulu donner la somme qu'à la condition qu'elle serait prise dans les valeurs immobilières laissées à son décès (1).

A ce propos, on peut citer la décision suivante, qui offre un cas remarquable de pareille charge. Mademoiselle M... avait donné, par son contrat de mariage, à son futur mari, 200,000 livres, à prendre sur les immeubles qui lui appartiendraient à sa mort. Le mari est interdit : la femme vend avec autorisation de justice son unique immeuble et meurt avant d'avoir touché le prix intégral. Les créanciers du mari veulent être payés des 200,000 livres données à leur débiteur sur le prix encore dû de l'immeuble vendu. Mais ils furent déboutés de leur demande par arrêt du parlement de Paris du 23 mai 1781, parce que la somme avait été donnée pour être prise sur les immeubles laissés par la donatrice et qu'il n'y avait aucun immeuble dans sa succession (2).

Ce n'était pas une objection sérieuse que de dire qu'il est contraire à toutes les règles que le donateur puisse révoquer la donation en vendant tous ses immeubles. En effet, l'article 18 de l'ordonnance, de même que l'art. 1086 du Code Napoléon, permettait de faire, en contrat de mariage, des donations sous des conditions potestatives.

(1) *Supra*, n° 2364.
(2) M. Merlin. Répert., v° *Donat.*, sect. 3 § 4, n° 6.

2455. Par suite des mêmes idées, le donateur peut également donner un bien dont il est actuellement propriétaire, pourvu qu'il fasse partie de la succession. C'est là une sorte de legs fait par contrat, ou, pour mieux dire, une donation dégénérant en une institution contractuelle à titre particulier (1).

On peut aussi donner tel immeuble, si on en devient propiétaire. Il y a là sans doute une condition potestative et une donation d'un bien à venir. Mais notre article, loin d'y mettre obstacle, autorise un pacte de cette espèce, par dérogation à l'art. 943 du Code Napoléon. De même, rien n'empêche d'insérer, dans un contrat de mariage, une donation ainsi conçue : « Je donne à Pierre, futur époux, » tous les acquêts que je ferai dans la société que je viens » de former avec François, et qui doit durer quinze ans. » Une telle donation, portant sur des biens futurs, ne serait pas admise dans les termes ordinaires du droit commun (2). Dans un contrat de mariage, on prête secours à toutes les clauses qui sont de nature à favoriser l'union conjugale.

Enfin, on peut donner tous ses biens futurs; c'est ce que nous avons vu ci-dessus (3), et cette disposition se confond avec l'institution contractuelle : elle a trait à la succession future du donateur.

(1) *Supra*, n° 2364.

(2) Art. 943.

(3) N° 2445.—L'institution contractuelle peut être grevée d'un don particulier en faveur d'un tiers et mis à la charge de l'institué. Et il a été décidé que ce don particulier consistant en une somme d'argent payable à l'ouverture de la succession du donateur, devient, alors surtout que telle a été l'intention du disposant, caduc par le prédécès de celui qui a été appelé à en profiter; et par suite que le legs que celui-ci avait fait à son tour de la somme comprise dans le don, est sans effet, et non pas seulement subordonné à la survivance de l'institué au donateur. Besançon, 19 mai 1859 (Dalloz, 59, 2, 135).

2456. La troisième exception à la règle « *donner et retenir* » *ne vaut,* » que prévoit notre article, est celle qui consiste dans la faculté dont jouit le donateur par contrat de mariage de se réserver le droit de disposer de tout ou partie des biens qu'il donne. Rien n'est plus contraire au droit commun que cette réserve. C'est ouvertement donner et retenir. Mais la faveur des contrats de mariage corrige bien des vices.

Quand une personne donne tous ses biens présents et à venir, bien qu'elle ne se dessaisisse pas, elle s'interdit cependant de disposer de ses biens à titre gratuit, si ce n'est pour des sommes modiques. Il est naturel, par conséquent, qu'elle se réserve le droit de tester sur telles choses ou telles valeurs qu'elle définit dans le contrat, ou de les donner entre-vifs. Ajoutons que cette réserve n'est pas contraire à l'essence des donations universelles, qui ont de grandes analogies avec les institutions contractuelles, et auxquelles la maxime « *donner et retenir ne vaut* » est tout à fait inapplicable. Elle se faisait habituellement dans certaines provinces où, par suite des idées romaines, on avait une affection prononcée pour le droit de tester (1). Nous apprenons même, par la correspondance de Daguesseau, que le parlement de Grenoble, à l'époque de l'ordonnance de 1731, avait exprimé le désir que, même dans un contrat de mariage, on ne pût donner tous ses biens sans se réserver la disposition de quelque valeur. Mais le chancelier Daguesseau ne s'arrêta pas à ces observations. Voici ses motifs : « La faveur » du mariage est si grande, qu'elle l'emporte sur les règles » les plus générales... Une pareille donation, dans un » contrat de mariage, n'est, à parler correctement, qu'une

(1) *Supra,* n° 1193.

» institution contractuelle (1) (par conséquent, ne dépouille
» pas le donateur de son vivant), et d'ailleurs, dans les
» provinces mêmes où l'on observait l'usage d'obliger le
» donateur à conserver quelque bien dont il pût disposer,
» on se contentait d'une réserve si médiocre, que cette
» réserve ne pouvait plus être considérée que comme une
» vaine formalité qui tombait sur les mots plutôt que sur
» les choses (2). »

A ces sages remarques, nous n'ajouterons qu'un mot pour les compléter : c'est que la réserve pouvait avoir une raison plausible dans le système qui faisait produire des effets actuels à la donation universelle; système que nous avons exposé ci-dessus (3). On conçoit alors qu'il fût sage de venir au secours d'un donateur imprudent (4), qui s'enlevait actuellement toutes ses ressources présentes, et, au fur et à mesure des acquisitions, toutes ses ressources futures. Mais, depuis que la donation universelle s'était rapprochée de l'institution contractuelle, et qu'elle n'opérait, même dans les pays de droit écrit, qu'un dessaisissement très-atténué, la réserve de droit était un anachronisme, et le parlement de Grenoble ne se montrait pas inspiré par un sage esprit de critique.

La réserve dont il est question ici ne peut donc être que conventionnelle, et nous répétons qu'elle ne répugne nullement à la nature de la donation de biens présents et à venir.

Ce n'est que dans la donation de biens présents qu'elle contrarie les principes du droit commun et qu'elle est une

(1) Sur cette proposition, qui est beaucoup trop large, voyez *supra*, n° 2434.

(2) Lettre 288, t. IX. p. 351, édit. de 1776.

(3) *Supra*, n° 2384.

(4) *Supra*, n° 1193.

véritable anomalie. Mais n'oublions pas que la faveur des contrats de mariage permet d'altérer le caractère propre de la donation, et de le mélanger des éléments propres aux libéralités testamentaires (1).

2457. La réserve dont parle l'art. 1086 n'est pas celle qui consiste à donner un tout et en à excepter une partie, que l'on se conserve; c'est une condition qui a pour but de réserver au donateur un droit de disposer de quelque chose, qui, loin d'être excepté de la donation, y est au contraire positivement compris. La différence entre ces deux cas est palpable. Dans le premier, le retranchement est pur et actuel; la condition empêche que le donataire n'ait aucun droit sur la chose réservée. Dans le second, le retranchement n'est que conditionnel; il faut que la condition soit remplie, pour que la donation se trouve diminuée; si elle n'est pas remplie, la chose réservée reste dans la donation (2), elle appartient au donataire ou à ses héritiers. C'est ce qu'explique notre article, d'accord avec l'ordonnance de 1731.

Daguesseau a donné là-dessus une explication élégante et lucide : « On ne peut pas demander quel est le titre en » vertu duquel l'effet dont le donateur s'était réservé la li- » berté de disposer se réunit aux autres biens dans la per- » sonne du donataire, lorsque le donateur n'a pas usé de la » faculté qu'il s'était réservée. Ce titre est l'universalité » même de la donation, dans laquelle l'effet dont le dona- » teur pouvait disposer se trouve compris comme tous les » autres. Il est vrai que le donateur avait le droit de l'ôter » de l'universalité, par la disposition qu'il était le maître » d'en faire; mais, lorsqu'il n'a pas usé de son pouvoir, les » choses se trouvent dans le même état que s'il n'avait fait

(1) *Supra*, n° 2342.

(2) Furgole sur l'art. 18 de l'ordonn. de 1731, t. V, p. 174.

» aucune réserve dans la donation, et c'est le cas de dire, » comme les jurisconsultes romains, *dedit dum non ademit.* » Il en serait autrement, s'il avait déclaré, en faisant la do- » nation, qu'un certain effet n'y serait pas compris, parce » qu'alors l'exception serait faite par l'acte même, au lieu » que lorsqu'il se réserve seulement le droit de faire cette » exception, et qu'il ne la fait pas dans la suite, la règle ou » la disposition générale subsiste en son entier (1). » On ne saurait mieux dire (2).

2458. Mais si la distinction que nous venons d'établir est claire en principe, elle peut, dans la pratique, devenir d'une application difficile, à cause de l'obscurité qui, trop fréquemment, se rencontre dans la rédaction des actes. Le juge appréciera.

La clause suivante a donné lieu à des controverses : « Je » me réserve telle somme, pour en disposer comme bon me » semblera. »

Dans une espèce où un sieur Cabanis avait fait à son fils, qu'il mariait en 1778, une donation de tous ses biens présents et à venir, « à la réserve de cinq pièces de terre pour » pouvoir en disposer à sa volonté, » le père mourut, n'ayant disposé que de quatre des cinq pièces de terre réservées. Un débat s'éleva entre le donataire et les héritiers, qui prétendirent à la cinquième pièce de terre.

La cour de Nîmes (3) pensa que le donateur avait voulu que les pièces de terre fussent comprises dans la donation

(1) Daguesseau, lett. 289, t. IX de ses œuvres, p. 358, édition de 1776.

(2) *Junge* MM. Grenier, no 440, t. III, p. 374, édit. de Bayle-Mouillard. Delvincourt, t. II, p. 20, no 4, édit. de 1834. Toullier, t. V, nos 827 et 828. Duranton, t. IX, no 741. Vazeille sur l'art. 1086, no 4. Zachariæ, § 736, t. V, p. 500, note, 1. Nîmes, 5 fév. 1806 (*Palais*, 5, 165). Bordeaux, 19 janvier 1827 (Devill., 8, 2, 315).

(3) Arrêt du 5 février 1806, déjà cité.

sous la condition qu'il n'en disposerait pas. Elle a donné raison au donataire universel.

Dans une autre espèce, la dame Cornaud, par contrat de mariage en 1769, avait fait donation à son fils de tous ses biens présents, sous la réserve d'une somme 24,000 liv. à prendre sur les biens qui composaient la donation, pour, par la donatrice en disposer comme bon lui semblerait. La donatrice mourut sans avoir disposé de la somme. La cour de Bordeaux (1) a interprété la clause dans le sens d'une réserve absolue, et jugé que la somme de 24,000 livres ne faisait pas partie de la donation.

Lorsque des arrêts contiennent une appréciation souveraine d'intention, il n'est pas sage de les critiquer sans connaître tous les détails du procès. Quant à nous, nous sommes d'autant plus disposé à tenir grand compte de ces arrêts, que nous pensons qu'en général et à défaut de circonstances particulières, il faut dire que se réserver la faculté de disposer d'un objet, n'est pas la même chose que se réserver un objet pour en disposer à sa volonté. Dans le premier cas la réserve porte, non sur l'objet, mais sur la faculté : donc l'objet reste dans la donation (2). C'est la physionomie donnée à la stipulation par la cour de Nîmes. Dans le second, qui rentre dans l'espèce de l'arrêt de Bordeaux, la réserve porte plus sur la chose même que sur la faculté d'en disposer, et il ne faut pas trop s'arrêter à ces mots « pour en disposer à ma volonté, » qui sont inutiles et qui, n'exprimant que le motif de la réserve, ne restreignent pas la portée qu'aurait la réserve si elle était faite purement et simplement (3).

2459. Le texte de l'art. 1086, conforme en ce point à l'ordonnance de 1731, ne s'occupe de la réserve de la fa-

(1) Arrêt du 19 janvier 1827, déjà cité.
(2) *Supra*, n° 2351.
(3) *Contra*, M. Vazeille, art. 1086, n° 4.

culté de disposer qu'en ce qui concerne la donation générale des biens présents. Mais ce n'est pas une raison pour dire que la disposition ne doit pas avoir lieu dans la donation d'un objet particulier. Il y a même raison de décider (1). D'une part, la faveur du mariage permet d'insérer dans la donation d'un objet particulier la réserve de disposer d'une portion de cet objet; de l'autre, le donataire doit profiter de la totalité de la chose, si le donateur n'use pas de la faculté. Car, comme le dit Ulpien, ce dernier est censé confirmer sa donation, quand il n'ôte pas au donataire ce qu'il pouvait lui ôter (2).

2460. La réserve de la faculté de disposer s'applique à l'institution contractuelle, autant qu'à la donation de biens présents. Nous en avons dit quelque chose dans le commentaire des art. 1082 et 1083 (3). Nous n'y reviendrions pas ici, si l'on n'avait cherché à établir une différence entre ce genre de disposition et la donation universelle, en ce qui concerne le sort de la chose que l'instituant excepte de l'institution contractuelle et dont il fait réserve expresse. On a eu la pensée de soutenir, sous le Code Napoléon, que si l'instituant décède sans avoir disposé de cette chose, elle appartient non à l'héritier naturel, mais à l'institué contractuel. Pour justifier ce résultat on fait le raisonnement suivant : la chose réservée et exceptée se trouve évidemment dans le patrimoine et dans la succession de l'instituant, puisqu'il ne l'a pas aliénée de son vivant. Or la succession tout entière est dévolue à l'institué contractuel. Cet institué remplace les héritiers *ab intestat*, et il est appelé à recueillir tout ce que l'instituant n'a pas fait sortir de son patrimoine par une

(1) Furgole sur l'art. 18 de l'ordonn., t. V, p. 173, *Contra*, Boutaric sur le même article.

(2) L. 1, § 6, D. *Legat.* 3°.

(3) *Supra*, n° 2351.

disposition spéciale. Donc il profitera de la chose ou de la somme directement réservée. Et de là il suit, ajoute-t-on, qu'en matière d'institution contractuelle, il n'y a pas d'intérêt à distinguer, comme en matière de donation, entre la réserve pure et simple d'un objet excepté de la disposition, et la simple réserve de la faculté de disposer d'un objet compris dans la disposition. Dans l'un et l'autre cas, c'est l'institué qui profite du défaut de disposition. Cette opinion pouvait avoir de la valeur dans les pays de droit écrit où l'on suivait la règle que nul ne peut mourir *partim testatus, partim intestatus*, et où l'on appliquait cette règle à l'institution contractuelle aussi bien qu'à l'institution testamentaire (1). Mais aujourd'hui, elle manque de justesse. L'héritier contractuel, comme tout autre héritier institué par la volonté de l'homme, ne peut recueillir que ce qui lui est donné par cette volonté. D'un autre côté, nous avons vu ci-dessus (2) que l'institution contractuelle peut être restreinte à une partie des biens et même à des objets particuliers. Or, quand l'instituant excepte de l'institution certains objets déterminés, c'est là évidemment un retranchement qui ne permet pas à l'institué d'en profiter; car ils ne lui ont pas été donnés. L'institué n'est pas appelé à tout recueillir. Il n'absorbe pas tout le patrimoine du disposant. Il y a dans ce patrimoine des choses qui, ayant été formellement exceptées de l'institution contractuelle, restent dans la succession *ab intestat* et appartiennent à celui qui représente le défunt en vertu de la loi. Sans quoi, il faudrait aller jusqu'à dire qu'un homme ne peut pas mourir *partim testatus, partim intestatus*, et que parce qu'il a institué un héritier en une chose, il l'a institué en tout. Il ne saurait en être ainsi.

(1) Furgole, *quest.* 38, n°s 9 et suiv.
(2) *Supra*, n° 2364.

C'est à peu près comme si un testateur avait dit : « J'institue » Pierre mon légataire dans tous mes biens si ce n'est dans » ma ferme de Ménilmontant. » Est-ce qu'il serait possible de prétendre que la ferme n'appartient pas à l'héritier du sang? Et pour quelle raison plausible devrait-il en être autrement dans l'institution contractuelle limitée, ainsi que nous venons de le supposer?

2461. Quand un donateur universel de biens à venir ou un instituant contractuel s'est réservé la faculté de disposer d'un bien ou d'une somme à prendre sur les biens donnés, il ne s'interdit pas par cela même de s'aider du reste des biens donnés dans les limites ordinaires et d'après le droit commun (1). Ainsi le donateur universel et l'instituant pourront vendre pour leurs besoins. Ils pourront même faire des dons modiques conformément à l'art. 1083. Dans l'ancienne jurisprudence, on inclinait à croire que la réserve liait les mains au donateur pour toute disposition à titre gratuit, mais qu'elle lui laissait toute sa liberté quant aux actes à titre onéreux.

« Ceux (dit Lebrun) qui font une institution contrac- » tuelle avec réserve de pouvoir disposer jusqu'à une » certaine concurrence, se prescrivent eux-mêmes des » bornes pour les donations entre-vifs et testamentaires...., » ce qui ne les empêche pas, à mon avis, de faire des con- » trats onéreux pendant leur vie, pourvu que ce soit aussi » sans fraude (2). »

Auroux des Pommiers pensait de même que l'instituant qui se réservait de disposer d'une somme ou de partie des biens, s'interdisait de disposer du reste par donation entre-vifs ou legs, mais qu'il conservait le droit de faire des

(1) *Supra*, n° 2351.

(2) Lebrun, *Success.*, liv. 3, ch. 2, n° 24.

actes à titre onéreux (1). Cette distinction s'expliquait dans l'ancienne jurisprudence par de bonnes raisons. On sait que le droit de disposer à titre gratuit n'était pas limité, entre les mains du donateur ou de l'instituant, dans des termes aussi restreints que ceux de l'art. 1085. La jurisprudence lui donnait plus de latitude. On était donc fondé à dire que le donateur, en faisant une réserve de disposer de certains biens suivant son bon plaisir à titre gratuit, abdiquait par là le droit dangereux de disposer par donation ou testament des autres biens compris dans la libéralité.

Ajoutons même que, suivant Brodeau, la réserve n'empêchait pas des dispositions modérées en faveur de l'Église et pour toutes autres causes pies (2). Quant à la faculté de disposer à titre onéreux, elle était expressément consacrée par la jurisprudence (3).

Une dame de Lustrac avait en 1568 donné, par son contrat de mariage avec le baron de Caumont, aux enfants qui naîtraient dudit mariage tous ses biens présents et à venir, sans en rien excepter, hors la somme de dix mille livres, de laquelle elle pourrait disposer.

« Cette dame ne s'étant réservé de disposer de son bien » que jusqu'à la somme de 10,000 livres, s'était lié les » mains pour ne pouvoir donner de son bien que jusqu'à » ladite somme, mais aussi cette restriction n'a pas empêché » que, demeurant dans les termes du droit commun, elle » n'ait pu vendre une terre de Cuzac et en transiger pour » sortir d'un grand procès. » C'est pourquoi il fut jugé que les demandeurs, donataires universels, étaient non recevables dans leur action en revendication de ladite terre vendue par la donatrice.

(1) Sur l'art. 220 de la Coutume du Bourbonnais.
(2) Sur Louët, lettre S, somm. 9, nº 5.
(3) Bouguier, lettre D, nº 8.

Aujourd'hui, sous l'empire du Code, la question est plus nette. Selon le droit commun, celui qui a fait une institution contractuelle ou une donation de biens à venir, peut disposer de ses biens à tire onéreux, mais non à titre gratuit, si ce n'est pour une valeur modique à titre de récompense ou autrement (1). Ici tout est défini avec précision. Le donateur est renfermé dans des bornes très-étroites en ce qui concerne les dispositions à titre gratuit des biens compris dans l'institution. Quel est dès lors le but de la réserve? C'est évidemment d'étendre le cercle de l'art. 1083. C'est de créer un pouvoir plus grand que celui que cet article définit, et nullement d'abdiquer la faculté qu'il autorise. En un mot le disposant veut garder le droit qu'il a, et de plus se donner une faculté qu'il n'avait pas. C'est ce qu'a très-bien jugé un arrêt de la cour de Riom du 15 novembre 1819, ci-dessus cité (2).

2462. Du reste, cette proposition est subordonnée à la volonté des parties qui est toujours la grande règle, et à laquelle il faut sans cesse revenir. Il serait possible que le donateur en se réservant de disposer de tel ou tel objet, eût, en même temps, eu l'intention de ne rien aliéner au delà, soit gratuitement, soit même à titre onéreux, et qu'il se fût engagé à cet égard d'une manière précise; en pareil cas, il faudrait respecter cette volonté (3). Elle n'a rien de contraire aux lois, aux mœurs, à l'ordre public. De plus, la faveur des mariages lui prête un appui particulier.

Au surplus, cette volonté ne résulterait pas d'une clause par laquelle le donateur se serait réservé de disposer de ses biens jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Il ne

(1) Art. 1083 applicable aux donations de biens présents et à venir. V. *Supra*, n° 2414.

(2) N° 2351.

(3) *Supra*, n° 2341.

faudrait pas dire que c'est le cas d'appliquer la règle : « *inclusio unius est exclusio alterius.* » Nous avons vu tout à l'heure ce qu'en a pensé l'arrêt du Parlement de Paris dans la cause de Madame de Lustrac, et Brodeau en cite un autre de la Chambre de l'édit qui, en présence d'une clause semblable, a décidé que le donateur pouvait disposer à titre gratuit par legs modérés en faveur de la cause pie (1).

Mais trouverait-on une limitation plus étroite dans la clause qui, en réservant la faculté de disposer des biens donnés jusqu'à concurrence d'une somme de..., ajouterait « par vente, donation, testament, ou autrement? » La réserve de disposer par vente de la chose réservée, ne contient-elle pas une renonciation implicite à disposer par vente du surplus? Cette question se trouve indiquée plutôt que jugée dans un arrêt de la cour de cassation du 7 juin 1808 (2). L'arrêt de la cour impériale, cassé par cet arrêt, l'avait décidée (autant qu'on en peut juger à travers l'insuffisance de la notice), dans le sens de la restriction ; ce ne fut pas ce point qui motiva la cassation. En pareille matière il faut laisser beaucoup à l'interprétation des juges. Il ne faut cependant pas trop accorder à des clauses de style, et il serait possible que ces mots « par vente, donation, testament, etc., » ne fussent qu'une redondance notariale, et un détail de plume plutôt que d'intention.

2463. Lorsque le donateur a excédé les limites de sa réserve conventionnelle, le donataire a le droit de faire réduire les donations dans les limites fixées par le contrat. Le retranchement doit être opéré d'abord sur les donations les plus récentes, puis en remontant, s'il est nécessaire, jusqu'aux plus anciennes (3).

(1) Sur Louët, lettre S, somm. 9, n° 5.
(2) *Palais*, t. VI, p. 733. Devill., 2, 1, 539.
(3) Cassat., 6 juin 1808 (*Palais*, 6, 733 ; Devill., 2, 1, 539).

2464. Quelquefois le donateur ou l'instituant, en se réservant de disposer d'un objet parmi les choses données, désignent une personne déterminée qu'ils ont le projet de gratifier.

Dans ce dernier cas, si le donateur ou l'instituant donne l'objet à une personne autre que celle désignée, excède-t-il son droit, et fait-il un acte nul qui ne doit pas nuire au donataire primitif ou à l'institué? Tout dépend des circonstances. Si la désignation paraît être limitative, le donateur ou l'instituant ne peuvent gratifier une autre personne. Si au contraire, elle n'est qu'indicative, ils ont le droit de disposer au profit de qui que ce soit.

On trouve un exemple de la première hypothèse dans l'espèce suivante qui s'est présentée devant le tribunal de la Seine (1). Dans l'espèce, la comtesse du Cayla avait assuré à sa fille par contrat de mariage « sa part et portion » virile intégrale dans les biens, meubles et immeubles, qui » composeraient sa succession, distraction faite seulement » du domaine de Saint-Ouen, qu'elle se réservait de donner » à titre de préciput à son fils. » Ayant perdu son fils, la dame du Cayla avait, dans un testament, légué ce domaine de Saint-Ouen à la ville de Paris. Ce legs a été annulé, parce qu'il a paru que la réserve d'en disposer qui en avait été faite, était limitativement restreinte au fils de la donatrice.

Mais dans le doute on préférera l'interprétation indicative à l'interprétation limitative.

2465. Nous avons vu ci-dessus, du reste (2), que la clause de réserve ne doit pas être entendue dans un esprit trop rigoureux et trop étroit. Ainsi celui qui s'est réservé de disposer de la ferme A, peut sans inconvénient disposer, à sa

(1) Gazette des tribunaux du 17 janvier 1855.
(2) N° 2352.

place, de la ferme B, quand il y identité de valeur et qu'il n'en résulte pour le donataire aucun préjudice.

2466. Nous avons vu que notre article, d'accord avec l'ordonnance de 1731 et interprétant justement la volonté du disposant, veut que lorsque ce dernier n'a pas usé de la faculté qu'il avait stipulée, la chose faisant l'objet de la réserve appartienne au donataire comme faisant partie de la donation.

La loi du 18 pluviôse an 5 crut pouvoir en décider tout autrement à l'égard des donations et insititutions contractuelles faites sous l'empire de l'ordonnance de 1731 ; elle voulut que dans tous les cas où le disposant n'aurait pas encore usé de son droit, la réserve restât stérile entre ses mains et que la chose qui en faisait l'objet passât dans le domaine de la succcession *ab intestat*, pour être partagée entre les héritiers du sang, à l'exception du donataire et de l'institué.

Voici le texte de son article deuxième : « Les réserves fai-
» tes par les donateurs ou auteurs d'institutions contrac-
» tuelles qui n'en auront pas valablement disposé, feront
» partie de la succession *ab intestat* et seront partagées éga-
» lement entre tous les héritiers autres que les donataires
» ou les institués, sans imputation sur les légitimes ou por-
» tions de légitime dont les héritiers ou donataires auraient
» été grevés.

» Il n'est pas innové, par les dispositions du présent ar-
» ticle, aux réunions desdites réserves déjà opérées en faveur
» des institués ou donataires, conformément à l'art. 18 de
» l'ordonnance du mois de février 1731, par le décès des
» donateurs et des instituants, arrivé avant la publication
» de la loi du 5 brumaire an 2. » Cette loi n'entendait pas enlever à l'ordonnance de 1731 l'autorité de raison attachée à sa disposition; elle n'avait pas pour but de l'accuser d'a-

voir mal compris l'intention des parties et le sens de leurs paroles. Mais elle agissait violemment et révolutionnairement. Trouvant que c'était assez pour les donataires et les institués de pouvoir recueillir le bénéfice des dispositions irrévocables contenues dans les donations universelles et dans les institutions contractuelles, elle voulait leur enlever toute chance de profiter des sommes et objets sur lesquels portaient des réserves de disposer. Et pour rétablir autant que possible l'égalité absolue des partages qui était dans ses vues, pour diminuer autant qu'il était en elle les avantages des donataires et des institués, non-seulement elle rejetait dans la succession *ab intestat* les sommes et objets réservés, enlevant ainsi au donateur la faculté d'en disposer ainsi qu'il l'avait stipulé, se substituant même à lui pour en disposer au profit de la succession *ab intestat;* mais encore elle ne voulait pas que ces donataires et institués contractuels y vinssent prendre part avec les autres héritiers légaux. On ne peut que déplorer de telles violences législatives. N'oublions pas cependant que si la loi du 18 pluviôse an 5 porta dans cette circonstance une grave atteinte à la solidité des conventions, elle eut sur d'autres points le mérite de corriger le vice de rétroactivité dont la loi du 5 brumaire an 2 s'était rendue coupable en foulant aux pieds les donations, les institutions contractuelles, les testaments et même les partages, qui depuis le 14 juillet 1789 avaient consacré dans les successions des inégalités entre cohéritiers. La loi du 18 pluviôse an 5 eut la justice de réparer cette iniquité souveraine, et de rendre son autorité à tout ce qui avait dans les actes un caractère irrévocable et dans les faits un caractère de chose consommée. Elle ne sacrifiait que les réserves qui, bien qu'ayant la force d'un contrat et d'un droit, n'étaient pas encore passées à l'état de fait accompli. C'était là un criant abus de pouvoir. Mais la loi du 18 plu-

viôse an 5 a fait trop de bien en revenant sur la loi de l'an 2, pour que nous insistions plus longtemps sur ce mal passager et secondaire.

2467. Il nous reste à parler d'une question transitoire, sur laquelle nous devons nous arrêter un instant, parce qu'elle fait ressortir le caractère de la réserve de disposer, et qu'on y aperçoit la différence du lien produit par le contrat entre les choses données irrévocablement et celles sur lesquelles frappe la réserve.

Il est certain que, lorsqu'une succession s'ouvre sous l'empire du Code Napoléon, la légitime à laquelle les héritiers ont droit est réglée par le Code. Mais il n'est pas moins certain que cette légitime ne peut être obtenue au moyen d'un retranchement sur des donations irrévocablement acquises aux donataires avant la promulgation du Code, et qui, d'après l'ancien droit, n'eussent pas été réductibles. C'est pourquoi, lorsqu'une donation de biens présents et à venir a été faite avant le Code Napoléon, sans clause de réserve et irrévocablement, elle ne doit subir d'autre retranchement que celui qui était autorisé avant le Code pour compléter les légitimes. La légitime du Code n'a pas d'action sur elle. Le donataire a une sécurité qui ne doit pas être trompée.

En est-il de même lorsque le donateur s'est réservé le droit de disposer d'une valeur comprise dans la donation et qu'il décède sous le Code Napoléon, sans avoir usé de cette faculté? Cette question n'est pas exempte de difficultés. D'un côté, on peut dire en faveur du donataire qu'il profite de la chose en vertu d'un contrat qui avait acquis autorité avant le Code Napoléon et qui lui donnait un droit certain à cette chose en cas que le donateur n'en disposât pas; qu'en principe l'accomplissement de la condition produit un effet rétroactif; qu'il est censé, dès lors, propriétaire à partir du

jour de la donation, c'est-à-dire avant la promulgation du Code Napoléon; que par conséquent la loi nouvelle n'a pu porter atteinte à son acquisition.

D'un autre côté, on répond, dans l'intérêt des légitimaires, qu'il n'est pas vrai que la valeur réservée fût irrévocablement acquise au donataire, tant que le donateur existait; qu'une volonté, un caprice du donateur pouvait priver le donataire de la faible espérance qu'il avait conçue d'avoir l'objet; que ce dernier n'a pas à se plaindre si une loi nouvelle, étendant la légitime des héritiers, fait ce que le disposant aurait pu faire, et détruit ou modifie une attente aussi incertaine; que le Code a trouvé la chose disponible entre les mains du donateur; que ce dernier n'en a même disposé que sous l'empire du Code, puisqu'il est censé l'avoir donnée de nouveau au donataire à qui il l'a laissée, pouvant la lui ôter (1).

Ces raisons sont victorieuses : on peut les fortifier d'un arrêt de la cour de cassation du 11 octobre 1811 (2).

Voici les faits :

La veuve Siraudin, ayant un fils et trois filles, fit donation à son fils, dans son contrat de mariage en 1777, de tous ses biens présents et à venir, à la charge de payer à chacune de ses sœurs une somme de 10,000 fr. à titre de légitime et sous la réserve de la faculté de disposer d'une somme de 20,000 fr.

Cette dame est morte en 1807. Les filles prétendirent que les 10,000 fr. qui avaient été attribués à chacune, et les 20,000 fr. dont la disposition avait été réservée, devaient leur appartenir jusqu'à concurrence de la réserve assurée aux enfants par le Code Napoléon, qui était applicable à la succession.

(1) L. 1, § 6, Dig. *De legat.*, 3°. *Supra*, n° 2459.
(2) Devill., 3, 1, 410 ; *Palais*, 9, 653.

Le donataire ou plutôt ses représentants n'offraient aux filles que la légitime de l'ancien droit.

La cour de Dijon, le 25 août 1809, a considéré que « la » succession s'était ouverte sous l'empire du Code Napoléon, » et que, par conséquent, les enfants et héritiers avaient » droit à la réserve légale par lui fixée; que, néanmoins, » cette loi ne pouvait avoir d'effet rétroactif, et que, par » conséquent, les héritiers du donataire universel devaient » conserver ce que, en vertu de la donation faite à leur au- » teur, ils avaient irrévocablement acquis, » et a décidé que les filles héritières *ab intestat* prendraient leur réserve et sur les 10,000 fr. qui avaient été donnés à titre de légitime, et sur les 20,000 fr. restés à la disposition du donateur. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté le 16 août 1811.

2468. Il n'y a rien de contraire à ceci dans un arrêt de la cour de Grenoble, du 29 janvier 1809 (1). Il suffit de le comprendre.

En 1789, un sieur Bouchet, de Chambéry, mariant son fils, promet de l'instituer héritier pour une moitié des biens qu'il laissera à son décès, à la charge de payer la moitié de ses charges actuelles, des legs pieux qu'il se propose de faire, des dots et augmentations de dots qu'il constituera à ses filles. Plus tard, il marie ses filles en leur donnant des dots congrues. On remarquera que l'institution contractuelle dont nous venons de rapporter les dispositions essentielles, ne contenait pas de réserve spéciale et exceptionnelle. L'instituant s'était réservé ce qui était de droit dans toute institution, et ce qui n'a jamais empêché ce genre de disposition d'être irrévocable.

Quoi qu'il en soit, Bouchet meurt en 1806.

D'après le livre V, titre 7, § 6, des Constitutions sardes,

(1) Devill., 3, 2, 13 : *Palais*, 7, 337.

une fille dotée convenablement n'avait pas le droit de se plaindre et de faire réduire les autres libéralités faites par son père.

Mais, en 1806, la Savoie était réunie à la France et soumise au Code Napoléon, qui accorde une même réserve à tous les enfants.

Une des filles de Bouchet voulait donc, en vertu du Code Napoléon, faire restreindre à la quotité fixée par l'art. 913 l'institution contractuelle ; elle se fondait sur ce que, dans l'espèce, l'instituant s'était réservé de disposer, à titre gratuit, des biens compris dans l'institution, et qu'ainsi la disposition rendue presque entièrement révocable devait être régie, comme un legs, pour la disponibilité, par la loi en vigueur à la mort du disposant.

Mais la cour a décidé que l'institution contractuelle, telle qu'elle était consacrée par la législation en vigueur en Savoie, était, en principe, irrévocable; qu'elle avait produit ses effets et lié les parties dès avant le Code Napoléon; que l'instituant s'étant dépouillé par un acte irrévocable, c'était par la loi en vigueur au moment de cette dévolution qu'il fallait déterminer l'étendue de la légitime, et non par le Code Napoléon, qui avait trouvé l'héritier contractuel irrévocablement investi de son titre successif. De plus, la cour n'a pas pensé que la clause, qui attribuait au père une faculté de disposer qui était de droit, dût changer la solution; car elle ne détruisait pas l'irrévocabilité de l'institution. Elle a, en conséquence, rejeté la demande.

Rien, en effet, n'était plus juridique. Le donateur ne s'était pas réservé une liberté de disposition entière à sa guise, comme dans la clause de réserve qui fait la matière de l'art. 1086; il avait indiqué des dispositions qui, selon le droit commun des pays de droit écrit (1), étaient des

(1) V. Fernand, *De futura conventionali successione*, ch. 7, nos 6 et 7.

charges naturelles de l'institution contractuelle. Donc il n'avait pas porté atteinte à l'irrévocabilité ordinaire de l'institution contractuelle. Enfin tout porte à croire, quoique les arrêtistes ne le disent pas expressément, que le donateur avait doté ses filles avant la promulgation en Savoie des lois françaises, et qu'ainsi il avait épuisé entièrement son droit, et, par suite, donné au donataire une assurance qu'aucune loi postérieure n'a pu légitimement lui enlever.

ARTICLE 1087.

Les donations faites par contrat de mariage ne pourront être attaquées, ni déclarées nulles, sous prétexte de défaut d'acceptation.

SOMMAIRE.

2469. Sens et motifs de cet article.

2470. Les donations, faites en dehors du contrat de mariage, quoique en faveur du mariage, ne sont pas affranchies de la nécessité de l'acceptation expresse.

COMMENTAIRE.

2469. L'art. 1087 continue la série des exceptions introduites dans les donations par contrat de mariage. Il exempte ces donations de la nécessité et de la forme de l'acceptation, même lorsqu'elles sont de biens présents et qu'elles sont faites purement et simplement. La raison en est (1) que les deux conjoints, en accomplissant le mariage, acceptent suffisamment toutes les clauses du contrat. C'est aussi ce qui était décidé par l'ordonnance de 1731 (2).

(1) Dumoulin, sur le conseil 35 de Déc. Ricard, partie 1, section 1. Argou, t. II, p. 266. Furgole sur l'art. 10 de l'ord. de 1731.

(2) Art. 10 et 13.

On voit par là que l'art. 1087 ne s'éloigne pas du principe qui veut que toute donation soit acceptée (1). Mais, à la différence de l'art. 932, il se contente d'une acceptation tacite, tandis que l'art. 932 exige une acceptation expresse dans les donations ordinaires. Nous avons exposé ci-dessus les raisons qui ont fait introduire la solennité de l'acceptation : elles sont prises de la défaveur des donations, qui offriraient un moyen de dépouiller les familles, si le droit civil ne les rendait difficiles (2). Mais cette rigueur devait disparaître dans une matière où le législateur encourage les libéralités pour favoriser les mariages.

D'ailleurs, l'acceptation expresse et solennelle offre peu d'intérêt pour une partie des donations qui se font par contrat de mariage : je veux parler des donations de biens à venir et des institutions contractuelles. Le donataire ou l'institué ne prend de résolution éclairée et définitive qu'après la mort du disposant et après avoir pris connaissance des forces actives et passives de la succession. L'acceptation expresse qu'il ferait de la donation dans le contrat de mariage, ne l'empêcherait pas de la répudier au décès (3).

2470. La loi ne dispense de l'acceptation expresse que les donations faites par contrat de mariage ou dans des actes séparés qui sont censés en faire partie (4). Une donation, bien que faite en faveur d'un mariage, mais qui ne s'ajouterait pas au contrat matrimonial (5) et n'en serait pas une partie, devrait être acceptée dans les formes prescrites par les art. 932 et 933 du Code Napoléon. C'est ce qui faisait dire à Dumoulin : « *Nec sufficit quod fiant in*

(1) *Supra*, nos 1087 et 1089.
(2) *Supra*, sur l'art. 932.
(3) M. Vazeille sur l'art. 1087, no 1.
(4) *Supra*, no 2360.
(5) Bourbonnais, art. 219.

» *favorem, sed quod in ipso contractu, ut sint pars pactorum* » *dotalium* (1).

Furgole a émis une doctrine plus relâchée. Il semble vouloir qu'une donation faite en faveur du mariage soit dispensée de la formalité de l'acceptation par cela seul qu'elle a du rapport avec le mariage (2). Mais le texte de notre article, qui du reste est semblable à celui de l'ordonnance, ne comporte pas cette interprétation. La comparaison des art. 1087 et 1088 prouve, d'ailleurs, que le législateur n'emploie pas indifféremment les mots « donations faites » par contrat de mariage » et « donations faites en faveur » dumariage (3). »

ARTICLE 1088.

Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'ensuit pas.

SOMMAIRE.

2471. Sont caduques, si le mariage ne s'ensuit pas, toutes les donations en faveur du mariage.
2472. Sous l'ordonnance, il y avait controverse sur ce point.
2473. Du cas où la donation faite en faveur du mariage se trouve en dehors du contrat. Il faut rechercher si elle a pour but de favoriser le mariage, en général, ou tel mariage en particulier.
2474. La caducité s'applique aux donations déguisées. — Exemple.
2475. La nullité du mariage a-t-elle le même effet que son inaccomplissement ?
2476. La nullité du mariage anéantit la donation même à l'égard des tiers.

(1) Sur Auvergne, ch. 14, art. 26.

(2) Sur l'art. 10 de l'ordonn. de 1731.

(3) Arg. d'un arrêt de la Cour de Nîmes, le 8 janvier 1850 (Devill., 50, 2, 91).

2477. Quelle est l'influence de la nullité du contrat de mariage sur la donation? — Examen de plusieurs hypothèses.

2478. La célébration du mariage après la mort du donateur empêche la caducité de la donation.

2479. L'incapacité, survenue en la personne du donateur, avant la célébration du mariage, est sans influence sur la donation.

COMMENTAIRE.

2471. Dans toute donation faite en faveur de mariage, le mariage est la cause finale de la disposition (1). Si donc le mariage n'est point célébré, la donation est caduque. Telle est la disposition de notre article, disposition fondée sur l'interprétation de la volonté du disposant. Car celui qui donne à une personne, pour favoriser son mariage, ne donnerait pas à la même personne si elle gardait le célibat.

C'est ce qui faisaitdire à la loi romaine : *quasi causa non secuta, habere potest condictionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato* (2).

Et remarquez que ce n'est pas seulement la donation renfermée dans un contrat de mariage qui est soumise à cette cause de caducité; ce sont encore toutes les donations quelconques, même celles qui sont faites en dehors du contrat de mariage, pourvu qu'elles aient pour but de favoriser un mariage (3).

2472. L'ordonnance de 1731 ne contenait pas de disposition semblable à celle de notre article; on peut s'étonner de cette omission. Car notre question de caducité était controversée entre les auteurs malgré l'autorité des lois romai-

(1) *Supra*, n° 1292. Brillon, v° *Donation*, n° 191.

(2) L. 6, D. *De condict. causa data causa non secuta.*

(3) Loi 24, C. *de nuptiis*: « *Sancimus si quis nuptiarum fecerit mentionem in qualicumque pacto....; non aliter intelligi conditionem esse adimplendam... nisi ipsa nuptiarum accedat festivitas.*

nes. On peut consulter la savante dissertation de Furgole, pour établir l'opinion que notre article a consacrée (1).

La raison qui avait fait naître ces dissentiments, était prise de ce que dans les pays de droit écrit le père était obligé de pourvoir à l'établissement de son enfant, et qu'en donnant il devait être présumé avoir voulu non pas précisément et uniquement faciliter un mariage en particulier, mais plutôt assurer d'une manière générale l'établissement de son fils (2). Mais Furgole repoussait très-bien cette interprétation. L'obligation où est le père d'établir son enfant, laisse au père l'appréciation des circonstances qui rendent un établissement convenable. Il donne en vue et en considération d'un mariage qu'il approuve; si ce mariage manque, la donation doit lui faire retour, sauf le droit du fils de demander ultérieurement une donation ou une dot, selon les facultés de son père, lorsqu'il trouve une occasion nouvelle et opportune de s'établir.

Aujourd'hui la difficulté ne peut plus se présenter, non pas seulement parce que l'art. 1088 la tranche formellement, mais encore parce que le père n'étant plus obligé de pourvoir à l'établissement de son fils (3), donne, ainsi que le ferait un étranger, en vue d'un mariage déterminé qu'il veut encourager.

2473. Nous disions tout à l'heure que notre article embrasse non-seulement les donations faites par contrat de mariage, mais encore les donations faites en faveur du mariage, quoique en dehors de ce contrat. En cela notre article est plus large que l'art. 1087, qui ne concerne que les donations faites par contrat de mariage (4). La raison en est

(1) Quest. 23.
(2) Les auteurs que cite Furgole, *loc. cit.* Brillon, v° *Donat.*, n° 190.
(3) Art. 204, C. Nap.
(4) *Supra*, n° 2470.

que, quelles que soient les circonstances dans lesquelles intervient la donation, elle manque de cause quand le mariage, qui est son objet essentiel, ne se réalise pas.

On remarquera, du reste, que toute donation faite par contrat de mariage est réputée faite en faveur du mariage, tandis que la donation faite en dehors du contrat de mariage n'est considérée comme faite sous la condition du mariage, que si le donataire exprime qu'il a été déterminé par la considération du mariage projeté (1).

Il y a une autre observation à faire. Quand la donation est faite par contrat de mariage, il est clair qu'elle n'a en vue taxativement que le mariage qui fait l'objet du contrat; de sorte que si ce mariage manque, la donation ne saurait s'appliquer à un autre mariage.

Mais dans une simple donation en faveur de mariage, les circonstances peuvent faire que la donation ait plutôt en vue le mariage quelconque du donataire que tel mariage en particulier.

La jurisprudence nous offre un exemple de ceci. Le sieur Foy, chanonie de Beauvais, fait à son neveu Carette, en considération de son mariage, une donation de 3,000 livres avec rétention d'usufruit. Carette était alors en pourparler de mariage. Il donne à son oncle un écrit dans lequel il reconnaît que c'est en considération de son futur mariage que la donation lui a été faite et que si ce mariage ne se réalise pas, il renonce à s'en servir. Le mariage manque. Dix ans plus tard, Carette se marie, et l'oncle étant mort, les héritiers soutenaient que la donation de 3,000 livres était caduque, le mariage qu'elle avait en vue ne s'étant pas fait. Ils argumentaient en particulier de la persistance de l'oncle à conserver la reconnaissance de son neveu. Mais

(1) Delvincourt, t. II, p. 419. édit. de 1834.

on répondait que l'oncle avait voulu surtout le mariage de Carette, qu'il avait vu le second mariage sans montrer aucune intention de se servir du billet. Sur les conclusions conformes de M. de Lamoignon avocat général, il intervint un arrêt à la date du 23 août 1694 qui maintint la donation (1).

2474. La caducité s'applique même aux donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, et qui ne sont faites qu'en considération d'un mariage projété (2).

En voici un exemple curieux : le 15 septembre 1813, une dame veuve Delamotte vendit au sieur Desmares une ferme située en Normandie, moyennant le prix de 40,000 francs. Il était dit dans le contrat passé devant notaire, que le prix avait été payé, savoir : 10,000 fr. avant la passation de l'acte, 20.000 fr. au moment même de l'acte et en présence du notaire, et que les 10,000 fr. de surplus resteraient entre les mains de l'acheteur, pour payer des créanciers hypothécaires de la dame Delamotte. Dès avant cette vente, il existait un projet de mariage entre le sieur Desmares et la dame Delamotte. Le 21 septembre 1813, c'est-à-dire quelques jours après la vente, des conventions matrimoniales furent en effet arrêtées entre les même parties. Dans ce contrat la dame Delamotte se constitue pour tous apports une somme de 1,500 fr. et le sieur Desmares déclare ne posséder que 10,000 fr. de fortune. Ni l'un ni l'autre ne faisaient mention, l'un de l'immeuble qu'il venait d'acquérir, l'autre des sommes qu'elle devait avoir reçues quelques jours auparavant pour prix de cet immeuble.

Ultérieurement le sieur Desmares, qui était déjà en possession de l'immeuble à lui vendu, a refusé de se marier à la dame Delamotte.

(1) Brillon, v° *Donat.*, n° 189.
(2) Cassat., ch. civ., 7 mars 1820 (Devill., 6. 1. 199).

Le 4 mars 1816, la dame Delamotte a fait assigner le sieur Desmares, devant le tribunal de Bayeux, en délaissement de l'immeuble par elle vendu, sur le motif que l'acte de vente du 15 septembre 1813 n'était qu'une donation en vue du mariage alors convenu entre les parties, et caduque puisque le mariage n'avait pas eu lieu.

Le tribunal, par jugement du 23 août 1816, constate que : « De la réunion de toutes les circonstances qui ont » précédé, accompagné et suivi cette vente, il résulte qu'il » n'y a jamais eu de la part de la dame veuve Delamotte, » volonté sérieuse de transporter à Desmares à titre de » vente, les biens dont il s'agit, non plus qu'un consente- » ment formel de la part de celui-ci d'en payer la valeur ; » que la dame Delamotte n'a eu d'autre but que d'avan- » tager Desmares dans l'espoir du mariage qu'elle devait » contracter. » En conséquence, le tribunal fait à la cause application de l'art. 1088 du Code.

Sur l'appel interjeté par le sieur Desmares, la cour de Caen a rendu un arrêt confirmatif en date du 30 août 1817, et le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté le 7 mars 1820.

2475. C'est le non-accomplissement du mariage qui fait évanouir la donation. Il est donc clair que cette donation est frappée de caducité quand le mariage n'a pas été célébré. Mais en est-il de même quand le mariage, après avoir été célébré, est déclaré nul ?

Nous n'hésitons pas à le croire : il n'y a pas de différence, pour le cas qui nous occupe, entre un mariage qui n'est pas célébré et celui qui est célébré nullement. Dans l'un et l'autre cas la condition est défaillie.

L'art. 1088 nous fournit une raison puissante de le décider ainsi. La donation faite en faveur du mariage a le mariage pour condition et pour cause finale. Or le mariage n'existe pas; il n'a jamais eu d'existence régulière ; le juge-

ment d'annulation a révélé et non créé le vice qui l'infectait dès l'origine. La libéralité dont il s'agit, manque donc de cause; la condition, sous laquelle elle a été faite, a fait défaut (1).

Il n'y a pas à distinguer si le donateur savait ou ne savait pas l'empêchement au mariage. S'il l'ignorait il faut venir au secours de sa bonne foi; s'il le connaissait, il faut supposer que, dans sa pensée, le vice devait rester couvert et ne pas éclater par une nullité du mariage.

2476. M. Delvincourt partage notre opinion (2); mais il veut que la donation soit révoquée « entre les parties seule- » ment, et sans préjudice des droits que des tiers de bonne » foi ont pu acquérir sur les biens donnés. » Cette limitation est arbitraire : soit que l'on considére la donation faite en faveur d'un mariage qui ne s'est pas réalisé, comme nulle faute de cause ou comme caduque par la défaillance d'une condition suspensive, il est impossible d'attribuer quelque effet à la donation (3).

Le donataire n'a jamais été en réalité propriétaire des biens donnés; il a seulement paru l'être aux yeux de ceux qui ignoraient la nullité du mariage. Il n'a pas pu transférer à des tiers un droit qu'il n'avait pas lui-même. Les tiers qui ont traité avec le donataire ne puisent pas davantage dans leur bonne foi un droit que le contrat ne leur a pas conféré. Il n'y a donc pas de raison pour que les biens donnés ne retournent pas au donateur, dans le cas prévu, du moins s'ils sont immeubles. S'ils sont meubles, les tiers de bonne foi invoqueront l'art. 2279.

(1) Arrêt du parlement de Paris, du 16 janvier 1670, dans un cas où un mariage avait été contracté dans la fausse supposition que le premier était dissous. Brillon, v° *Donat.*, n° 188, p. 789, col. 2.

(2) T. II, 419, note 1 de la p. 110.

(3) Arg. de l'art. 954, C. Nap. *Supra*, n°s 1299 et 295. La caducité opère plus énergiquement encore que la résolution.

2477. Après avoir examiné le cas de la nullité du mariage, posons le cas où, le mariage subsistant, la nullité tombe sur le contrat de mariage relatif aux intérêts pécuniaires des époux. Ici, il ne s'agit plus de la caducité de la donation. C'est seulement une nullité de forme de cette donation que nous allons toucher.

Pour résoudre cette question il faut parcourir quelques hypothèses :

Le contrat de mariage peut être nul parce qu'il manque des formalités extérieures exigées pour ce contrat et même pour une simple donation; par exemple : le contrat a été fait par acte sous seing privé, au lieu d'être fait par acte notarié. Dans cette hypothèse que nous avons examinée ailleurs (1), il est clair que la donation est nulle, aussi bien que les conventions matrimoniales des époux.

Le contrat de mariage peut être nul, bien qu'il ait été fait par acte notarié : par exemple, lorsqu'il n'y a pas le concours effectif, réel et régulier des parties contractantes. Supposons ce cas : le contrat a été fait en l'absence d'un des futurs époux; ses parents se sont portés fort pour lui; mais aucune ratification n'est intervenue de sa part avant la célébration du mariage (2). Dans cette seconde hypothèse quelques distinctions sont nécessaires pour arriver à la solution.

Si la donation porte sur les biens à venir ou si elle est une de celles qui ne sont permises, par exception, que dans un contrat de mariage (3), en ce cas elle est nulle. Renfermée dans un contrat qui ne vaut pas comme contrat de mariage, elle suit le sort de l'acte annulé (4). Mais si la donation porte sur les biens présents du donateur, il n'y a

(1) V. notre commentaire du *Contrat de mariage*, n° 187.
(2) Notre comment. du *Contrat de mariage*, n°s 180 et 194.
(3) Art. 1082 à 1086, C. Nap.
(4) Nîmes, 8 janvier 1850 (Devill., 50, 2, 91).

pas impossibilité que cette donation vaille; et elle vaut quand elle est constatée par un acte notarié qui, bien qu'il soit nul comme contrat de mariage, vaut cependant comme acte de donation ordinaire. Supposons que le donateur soit mineur et non présent, la donation ne sera pas nulle si elle a été acceptée pour lui par ses père et mère (1). Si elle ne se soutient pas à titre de contrat de mariage, elle prendra sa force dans le contrat de donation de biens présents.

Que si, au contraire, la donation, nulle à titre de contrat de mariage, manque des formalités voulues pour les donations ordinaires, rien ne pourra la protéger.

C'est ce qu'a jugé la cour de Toulouse dans une espèce où une donation de somme d'argent avait été faite par contrat de mariage à l'un des époux absent. Comme cette donation n'avait pas été acceptée par le donataire, ainsi que l'exige le droit commun, la cour en prononça la nullité (2).

2478. Revenons à la caducité de la donation.

Pour que la condition qui empêche la caducité soit réputée légalement accomplie, il n'est pas nécessaire que le mariage se célèbre du vivant du disposant, et l'on ne saurait dire qu'il arrive trop tard si le disposant est prédécédé.

Quelque évidente que soit cette proposition, elle a cependant été controversée dans l'ancien droit. On avait eu l'idée de prétendre que la disposition était caduque, parce que les futurs époux n'étaient saisis du droit résultant de la donation ou de l'institution qu'après la célébration du mariage; qu'il fallait par conséquent que le disposant fût encore à ce moment propriétaire et capable de transférer le droit objet de la donation.

(1) Art. 935, C. Nap.

(2) Toulouse, 20 juillet 1852 (Devill., 52, 2, 450). Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté le 29 mai 1854 (Devill., 54, 1, 437); Journal des not. t. 85, p. 376. Mais la Cour de cassation ne se prononce pas sur notre difficulté.

Mais, répondait Chabrol (1), « la célébration du mariage » est à la vérité une condition de l'institution : mais pour » l'accomplissement de la disposition, il n'est pas nécessaire que cette condition arrive pendant la vie de l'instituant : on peut donner sous une condition qui ne s'effectue » qu'après la mort de celui qui donne... Si l'instituant ne » peut pas révoquer la disposition dans l'intervalle du contrat à la célébration...., sa mort ne doit pas opérer plus » d'effet. »

Il cite des arrêts qui l'ont ainsi jugé (2).

Il est à peine nécessaire de dire que, sous l'empire du Code Napoléon, la solution doit être la même et repose sur les mêmes motifs (3).

2479. A plus forte raison, l'incapacité de donner, survevenant dans la personne du donateur, entre le contrat et le mariage, serait-elle sans influence sur la donation ou l'institution contractuelle. Le rôle du donateur est terminé, et les événements qui affectent sa personne après la disposition légalement faite, ne sauraient réagir sur l'accomplissement de la donation par le donataire.

Article 1089.

Les donations faites à l'un des époux, dans les termes des art. 1082, 1084 et 1086 ci-dessus, deviendront caduques, si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité.

SOMMAIRE.

2480. Division du sujet.

2481. Les donations de biens présents ne sont pas caduques par le prédécès du donataire.

(1) Cout. d'Auvergne, ch. 14, art. 26, sect. 2.

(2) V. dans le même sens Auroux sur Bourbonnais, art. 216 nos 55, 56 et 57.

(3) Grenier, no 428. Vazeille sur l'art. 1088, 1o.

2482. Le prédécès du donataire rend caduques les institutions contractuelles et les donations cumulatives.
2483. *Quid* des donations de biens présents sous des conditions potestatives ? Elles sont aussi caduques.
2484. Le dessaisissement du donateur n'est pas une objection sérieuse.
2485. Objection tirée du texte de l'art. 1086. — Réfutation.
2486. Dans une donation actuelle sous une réserve, la caducité n'atteint que la chose dont la disposition est réservée.
2487. Quel est l'événement qui opère la caducité ? Le prédécès du donataire et de sa postérité.
2488. De quelle postérité s'agit-il ? De celle du mariage favorisé par la donation
2489. Si le donataire a survécu au donateur, les biens par lui recueillis passent à ses enfants de quelque mariage qu'ils soient issus.
2490. Un enfant adoptif ne fait pas obstacle à la caducité.
2491. De l'enfant légitimé.
2492. De la condamnation du donateur à une peine afflictive perpétuelle.
2493. De la disparition et de la déclaration d'absence du donateur.
2494. De la condamnation du donataire à une peine afflictive perpétuelle.
2495. De la disparition du donataire.
2496. Effet de la caducité. La femme du donataire conserve-t-elle une hypothèque subsidiaire pour sa dot ? De l'institution contractuelle et de la donation cumulative.
2497. Du cas où le donateur s'est dessaisi de son vivant.
2498. Arrêt de la cour de cassation dans une espèce toute spéciale.
2499. Du cas où la donation est de biens présents sous des conditions potestatives.

COMMENTAIRE.

2480. L'art. 1089 prononce la caducité de certaines donations faites par contrat de mariage, s'il arrive que le donataire meure sans postérité avant le donateur.

Le commentaire de cet article comporte trois recherches. Quelles sont les donations auxquelles il s'applique ? Quel

est l'événement qui entraîne la caducité de ces donations? Quel est l'effet de la caducité?

2481. Il est d'abord évident que les donations de biens présents dont le caractère n'a été altéré par aucune condition portant atteinte à leur irrévocabilité, sont à l'abri des conséquences du prédécès du donataire. Elles ont produit tout leur effet. Il y a eu aliénation irrévocable, dessaisissement actuel, translation consommée de la propriété. Ces sortes de donations restent donc sous l'empire du droit commun. Notre article le déclare expressément, et la raison le déclare avant lui. Quand on donne à quelqu'un purement et simplement, on donne à lui et à ses héritiers quels qu'ils soient. Et comme le donataire a été saisi de son vivant, il est évident qu'il transmet son droit à ceux qui lui succèdent.

Cependant le tribunal de Privas avait cru pouvoir appliquer l'art. 1089 à une donation de biens présents faite dans un contrat de mariage à une future épouse par ses père et mère.

La donataire était morte avant les donateurs, laissant un enfant, mort lui-même peu de temps après. Le débat existait entre les donateurs et le père héritier naturel de cet enfant. Le tribunal, pour donner raison aux donateurs, avait invoqué l'art. 1089 et de plus s'était appuyé sur cette circonstance que la donation avait été faite en avancement d'hoirie, que les donateurs avaient voulu que le rapport en fût fait à leur succession, et qu'il serait contraire à l'intention des donateurs que les biens passassent à un tiers non successible, affranchi du rapport; de sorte que le tribunal se fondait non-seulement sur l'art. 1089, mais encore sur un droit de retour tacitement convenu, pour décider que les biens donnés devaient revenir aux donateurs en cas de prédécès du donataire et de sa postérité.

Mais, sur l'appel, la cour de Nîmes (1) a rétabli les vrais principes, en décidant qu'un droit de retour, aux termes de l'art. 951, devait être expressément stipulé, et que « la » caducité prononcée par l'art. 1089, taxativement res- » treinte aux donations énoncées aux articles 1082, 1084 » et 1086, ne peut être étendue à une donation entre-vifs de » biens présents, ou à une donation particulière d'une somme » déterminée dont le donataire se trouve saisi au moment » même de l'acte; de sorte que le donataire venant à décé- » der avant le donateur, le premier n'en transmet pas moins » irrévocablement à ses propres héritiers la chose à lui » donnée, si le second, bien qu'il lui survive, n'a pas eu la » précaution de s'en réserver le retour, et que cette hypo- » thèse s'est vérifiée dans l'espèce présente. »

2482. Mais s'il est clair que la caducité n'affecte pas la donation de biens présents faite purement et simplement, il n'est pas moins manifeste qu'elle affecte l'institution contractuelle et la donation de biens présents et à venir. Ce sont des dispositions qui ne s'ouvrent qu'à la mort du donateur et qui se trouvent mélangées de certains éléments propres aux testaments. Il faut donc que le bénéficiaire existe à cette époque; sinon on leur applique les dispositions relatives aux legs, et la donation tombe (2).

Il en était autrement dans les donations de biens présents et à venir faites en pays de droit écrit, où l'on considérait qu'il y avait deux donations, l'une irrévocable quant aux biens présents, l'autre à cause de mort, quant aux biens à venir (3).

Furgole enseigne que, si le donataire décédait avant le donateur, il transmettait à ses héritiers son droit sur les

(1) Arrêt du 14 mai 1819 (Devill., 6, 2, 74).
(2) V. *Supra*, n°s 2394, 2398.
(3) *Supra*, n° 2387.

biens présents (1), et que la donation n'était caduque que pour la partie de la donation relative aux biens à venir (2).

Mais le Code Napoléon ne pouvait adopter une pareille distinction. La donation de biens présents et à venir forme un ensemble dont les parties sont solidaires, à moins qu'au décès du donateur, le donataire n'opte pour les biens présents. Mais, tant que vit le donateur, il y a unité de la donation. Or, le donataire venant à perdre son droit d'option par son prédécès, laisse la donation dans son état d'unité originaire, et elle est caduque pour le tout (3).

2483. En est-il de même des donations de biens présents, sous des conditions potestatives de la part du donateur, par exemple sous la charge de payer indistinctement toutes les dettes du donateur, ou sous la réserve pour le donateur de la faculté de disposer en tout ou en partie des biens donnés? L'art. 1089 résout cette question. Il applique la caducité aux donations faites dans les termes de l'art. 1086 qui autorise les donations exceptionnelles que nous avons en vue.

Il importerait peu que la condition potestative fût résolutoire ou suspensive. Dans l'un et l'autre cas, la donation est caduque. Car la condition de survie du donataire ou de ses enfants est inhérente à ces sortes de donations. Quelles qu'elles soient, elles empruntent à la matière des legs la disposition formulée dans l'article 1039. Notre article 1089 les met, à cet égard, sur la même ligne.

(1) Sur l'art. 17 de l'ordonn. de 1731, t. V, p. 167.

(2) *Loc. cit.*

(3) C'est ce qui a fait décider que les biens compris dans une donation de biens présents et à venir peuvent, du vivant du donataire, être l'objet d'une seconde donation subordonnée au prédécès de ce donataire, en ce que cette donation ne devant produire son effet qu'en cas de caducité de la première, n'est pas inconciliable avec elle. Req. 29 novembre 1858 (J. Pal. 1859, p. 1051; Devill., 59, 1, 573; Dalloz 59, 1, 132). V. aussi Bourges, 29 août 1832.

Supposons que Pierre donne à son frère qui se marie ses immeubles consistant en deux fermes et un bois taillis, avec rétention d'usufruit sa vie durant et avec réserve de pouvoir disposer de certaines portions de ces immeubles. Il est évident que si le donataire décède avant le donateur, sans postérité, ce donataire n'a pu transmettre à ses héritiers un droit qui ne pouvait lui être acquis qu'en cas de prédécès du donateur sans avoir disposé des choses réservées. De sorte qu'à l'égard de ces réserves, la donation est caduque par le prédécès (1).

Supposons encore que Pierre donne à son frère qui se marie deux immeubles désignés et dont il le met en possession, à condition qu'il payera les dettes que le disposant aura à son décès. Ici, comme tout à l'heure, la donation est caduque par le prédécès du donataire. « Une telle donation, » comme dit Ferrières (2), pourrait plutôt passer pour une » donation à cause de mort, laquelle ne prend sa force que » du jour du décès du testateur. » Et puisqu'elle rentre par ce côté important dans la classe des legs, elle en doit subir les conséquences.

2484. Il est vrai que, dans ces différents cas, le donateur a livré la chose et qu'il y a eu un commencement de dessaisissement; ce qui, au premier coup d'œil, paraît s'accorder difficilement avec l'idée de caducité, laquelle suppose une impossibilité ou un refus de recevoir (3). Mais ceci n'est pas une objection sérieuse. Puisque la donation est soumise à une condition dépendante de la volonté du donateur, elle ne produit véritablement des effets complets qu'au décès de ce même donateur. C'est véritablement à ce moment qu'il

(1) Ferrières, sur Paris, art. 274, n. 15 p. 1243.
(2) *Id.*, no 17.
(3) *Supra*, no 2121.

est permis de savoir s'il y a donation ou s'il n'y en a pas. Or, comment le donataire pourrait-il recevoir le don, puisqu'il n'existe plus? Comment aurait-il pu transmettre à ses héritiers collatéraux un droit qui n'était pas formé à son décès? Comment ces mêmes héritiers pourraient-ils aller puiser leur titre dans un acte qui tient de la nature des dispositions à cause de mort, lesquelles sont toujours censées faites à la personne même (1)?

N'est-il pas clair que le donateur qui, tout en voulant favoriser le mariage, n'a pas voulu se dépouiller entièrement et qui n'a fait que des dispositions révocables, s'est préféré aux héritiers indirects du donataire et que sa volonté de gratifier ne dépasse pas les époux et les enfants du mariage? Sans doute il ne faut pas multiplier les causes d'instabilité pour la propriété : mais il ne faut pas non plus pervertir l'intention des disposants et la nature des actes. Nous verrons tout à l'heure que l'avis du conseil d'Etat du 22 décembre 1809 (2) prévoyant le cas où une donation universelle a été suivie de la délivrance des biens présents, n'hésite pas à lui appliquer l'art. 1089 dans le cas du prédécès du donateur qui a consenti à s'en dessaisir. Cet avis du conseil d'Etat offre un argument décisif pour notre question. Il prouve que les effets présents attachés à une donation précaire n'empêchent pas l'art. 1089 de la dominer.

Nous disons donc que la donation tombe, ou, pour nous servir des expressions d'Ulpien, *cecidit ab eo* (3). Nous disons que cette donation est anéantie avant d'avoir atteint son résultat définitif. Sans doute le mot caducité ne convient pas aux donations de biens présents actuelles, irrévocables, définitives, consommées. Mais il s'adapte *lato sensu* à des

(1) *Ibid.*
(2) N° 2497.
(3) Ulp., *Regul.*, tit. 17, § 1. *Supra*, n° 2121.

donations qui, malgré un commencement d'exécution, n'ont fait entrer le donataire que dans une expectative incertaine, dans une possession que la volonté du donateur pouvait lui retirer.

2485. Mais, dit-on, l'art. 1086 auquel renvoie l'art. 1089, semble cependant condamner cette rigueur. S'occupant, en effet, de la réserve de disposer, il dit : « Si le donateur meurt » sans avoir disposé de l'effet ou de la somme, ils seront » censés compris dans la donation, et appartiendront au » donataire ou à ses hériters. » Ne résulte-t-il pas de là que si le donataire n'existe pas au décès du donateur, ce sont ses héritiers qui profitent du bénéfice de la réserve ? Et si les héritiers ont un droit acquis dans ce cas, comment ne pas croire qu'ils l'ont dans tous les autres où il s'agit de conditions potestatives analogues ?

A cette objection la réponse est facile. On sait que les donations par contrat de mariage sont censées faites non-seulement *respectu personæ donatarii*, mais encore en considération de ses enfants, qui lui sont toujours substitués vulgairement. Et c'est ici une différence entre les dispositions testamentaires ordinaires et les dispositions par contrat de mariage. Car dans les premières le prédécès du seul légataire suffit pour faire évanouir la disposition, au lieu que dans les secondes il faut le prédécès du donataire et de sa postérité (art. 1089).

L'art. 1086 a donc eu raison de supposer qu'à la mort du donateur il y aurait parfois des héritiers du donataire à qui le bien dont le donateur n'aurait pas disposé appartiendrait. L'art. 1086, loin d'être en opposition avec l'art. 1089, se lie au contraire avec lui par le plus logique enchaînement.

En voilà assez sur une question qui n'aurait pas dû être soulevée en présence des termes si généraux de l'art. 1089

et de l'avis du conseil d'Etat du 22 décembre 1809 (1).

2486. Il va sans dire, du reste, que lorsque, dans une donation de biens présents, le donateur s'est réservé la faculté de disposer de quelques-uns seulement des biens donnés, la caducité prononcée par l'art. 1089 ne s'étend pas au delà des biens dont le donateur a retenu la disposition, et que le reste de la donation est acquis définitivement au donataire et transmissible à ses héritiers quels qu'ils soient (2). Cette donation est gouvernée par deux droits différents pour les différentes parties qui la composent : par le droit commun pour la partie irrévocable, par le droit spécial au contrat de mariage pour la partie qui est révocable à la volonté du donateur.

2487. Passons maintenant à l'événement qui opère la caducité.

Notre texte dit que la caducité a lieu quand le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité : ce qui naturellement embrasse deux cas, celui où le donataire meurt et ne laisse aucune postérité, et le cas où le donataire laisse, en mourant, une postérité qui meurt elle-même avant le donateur.

Ici notre article a fait, en faveur des enfants, une exception qui n'existe pas à leur profit dans la matière des legs et testaments. Il les appelle pour prendre la place de leur auteur par une substitution virtuelle. En effet, celui qui dote un mariage, agit dans l'espoir qu'il sera fécond. Sa libéralité se reporte autant sur les enfants que sur les époux eux-mêmes (3).

(1) Tel paraît être le sentiment de MM. Duranton, t. IX, n° 741 ; Toullier, t. V, n° 826 ; Zachariæ, § 738, t. V, p. 502. *Contra*, MM. Coin-Delisle sur l'art. 1089 et Marcadé sur ce même article.

(2) *Supra*, n° 2483. M. Duranton, t. IX, n° 741.

(3) *Supra*, n° 2357.

2488. Le mot « postérité » dont se sert notre article a fait naître du doute. L'époux donataire peut laisser une postérité issue du mariage en faveur duquel la donation a été faite, ou une postérité issue d'un autre mariage. Le législateur entend-il parler de la première seulement ou de toutes les deux?

Nous avons exposé ci-dessus la doctrine et la jurisprudence à propos de l'institution contractuelle (1); tout ce que nous avons dit là-dessus est applicable à la donation des biens présents et à venir, et autres donations dont parle l'art. 1089.

Il ne faut pas s'arrêter à ce qu'enseigne Chabrol, en commentant une disposition analoge à la nôtre. La coutume d'Auvergne disait (2) : « Et saisissent lesdites donations et » dispositions apposées... au profit des contractants ledit » mariage... et descendants d'eux tant seulement. » Sur quoi Chabrol faisait l'observation suivante : si le donataire en mourant laisse des enfants de deux lits, la donation profitera exclusivement aux enfants nés du mariage en faveur duquel elle a été faite. Mais si le mariage favorisé par la donation a été stérile, et que le donataire ne laisse que des enfants d'un autre lit, ces derniers empêcheront la donation d'être caduque et la recueilleront. C'est ainsi que Chabrol interprète une note ajoutée par Dumoulin à la coutume et ainsi conçue : *Ex quocumque matrimonio.*

Mais cette opinion n'est pas soutenable, au moins en ce qui a trait au Code Napoléon. Il n'y a d'appelés que les enfants issus du mariage qui a fait l'objet de la libéralité. Le donateur n'a voulu doter qu'un seul mariage. Un second mariage a été hors de ses prévisions et de ses vœux.

(1) *Ibid.*
(2) Ch. 14, art, 17.

Lebrun n'avait pas été aussi loin que Chabrol : il n'étendait la libéralité aux enfants d'un second mariage qu'autant que la libéralité émanait d'un père qui, par le contrat de mariage de son fils institué son héritier, avait substitué les enfants mâles qui naîtraient du mariage. Il pensait que « cette substitution devait s'étendre aux enfants d'un se- » cond mariage du fils, au cas qu'il n'en eût pas du pre- » mier, dans le contrat duquel la substitution avait été » faite (1). » Il s'appuie sur cette circonstance, que l'auteur de l'institution est un ascendant « à qui les enfants mâles » d'un second lit de son fils sont aussi chers que ceux d'un » premier lit. » Nous avons vu ci-dessus ce sentiment exprimé dans un arrêt de la cour de Bourges (2). Nous ne saurions l'adopter même dans ce cas restreint. De Laurière oppose à toutes ces solutions un raisonnement irrésistible :

« La substitution vulgaire tacite qui a pour fondement » la volonté présumée de celui qui a fait la disposition, ne » peut pas avoir plus d'effet que la substitution vulgaire » expresse. Or, si celui qui est intervenu dans le second » mariage du père, avait substitué vulgairement et expres- » sément le fils du premier lit, au cas que le père mourût » sans enfants du second, cette disposition aurait été nulle, » parce que les institutions ne valent,... dans les contrats » de mariage, que quand elles sont faites en faveur des » conjoints seuls ou des enfants issus de leur mariage et » non à l'égard de toutes autres personnes (3). »

On voit que ce raisonnement attaque la doctrine contraire dans sa base. Il la renverse à tous les points de vue; et lors même que ce serait le père qui aurait fait la donation, l'argument de De Laurière aurait toute sa valeur. D'ailleurs,

(1) *Success.*, liv. 3, ch. 2, n° 12.
(2) N° 2357.
(3) *Inst. contr.*, ch. VIII, n° 38.

comme nous l'avons dit, tous les mariages ne sont pas égaux dans l'affection du père, et ce qu'il a fait pour l'un n'est pas une règle nécessaire pour un mariage suivant (1).

Au surplus, ce qu'il y a de vague dans le mot « postérité, » employé par l'art. 1089, se trouve précisé par l'art. 1082, qui décide que l'institution contractuelle pourra se faire « tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à » naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survi- » vrait à l'époux donataire (2). » Les enfants d'un autre mariage ne sont donc pas appelés à réprésenter *jure suo* leur père prédécédé. Ce n'est pas pour eux que la libéralité a été faite. Elle ne regarde, comme dit Coquille, « que la lignée » qui doit issir du mariage, qui est la cause finale de ce » mariage (3). »

2489. Ceci ne veut pas dire que lorsque le donataire survit au donateur et recueille la donation, les enfants du second lit n'auront pas part aux objets donnés qui se trouveront dans sa succession. Il est certain, au contraire, qu'à sa mort, le don ainsi recueilli se divisera, ainsi que tout le patrimoine, entre les enfants du donataire, de quelque mariage qu'ils soient issus. Les biens, en effet, ont perdu leur origine; ils forment une partie intégrante de la succession du donataire et passent à ses héritiers quelconques (4).

2490. Puisque les enfants d'un mariage autre que celui en faveur duquel la donation a été faite ne font pas obstacle à la caducité de la donation, à plus forte raison en est-il de

(1) Sur la quest. en général, voyez Coquille sur *Nivernais*, tit. 27, art. 12. Bourjon, *Droit commun*, tit. inst. contr. 2, tit. 3, ch. 4, n° 4. Auroux des Pommiers, sur *Bourbonnais*, art. 219. Pothier, *Cout. d'Orléans* intr. au tit. XVII, n° 28. Merlin, Répert., v° *Inst. contr.*, § 12, n° 9.

(2) Voy. encore l'art. 1093, C. Nap.

(3) *Loc. cit.*

(4) Chabrol sur Auvergne, ch. 14, art. 17, t. II, p. 285.

même d'un enfant adoptif du donataire. Il n'est pas né du mariage en faveur duquel la donation a été faite. Il n'est pour rien dans les causes finales de la donation (1).

2491. Quant à l'enfant naturel légitimé par le mariage en considération duquel la donation ou l'institution a été faite, il est compris dans la substitution vulgaire; il doit être traité en tout comme un enfant du mariage.

2492. Avant la loi du 31 mai 1854, si la mort du donataire, quoique antérieure à celle du donateur, avait eu lieu après que ce dernier avait été frappé de mort civile, le donataire serait décédé en ayant déjà recueilli son droit à la donation et l'aurait transmis à ses héritiers. Car alors la mort civile, aussi bien que la mort naturelle, ouvrait la succession du mort civil et donnait effet à ses dispositions à cause de mort. Aujourd'hui, la peine qui remplace la mort civile n'ouvre plus la successiou du condamné. L'effet de l'institution ou d'une donation de biens présents et à venir que ce condamné a faite, doit être attendu jusqu'à sa mort, et tant que cet événement n'est pas arrivé, le décès du donateur et de sa postérité entraîne la caducité (2).

2493. *Quid* si le décès du donataire arrive après que le donateur a disparu sans donner de ses nouvelles? Comme la disparition d'une personne ne donne ouverture aux droits subordonnés à son décès qu'après la déclaration de l'absence, ce n'est qu'après le jugement qui prononce cette déclaration que le donataire et l'institué entreront en possession des biens qui leur ont été promis (3). Et, d'un autre côté, la déclaration d'absence faisant considérer la succession de l'absent comme ouverte au moment de sa disparition ou de ses

(1) M. Duranton, t. IX, n° 749.
(2) *Supra*, n° 2121 (note).
(3) M. Duranton, t. IX, n° 540.

dernières nouvelles (1), c'est à ce moment qu'il faut rechercher si le donataire ou les descendants du mariage existaient. Leur décès, postérieur à cette date, n'empêcherait pas l'ouverture provisoire de la disposition au profit de leurs ayants cause.

2494. Nous avons parlé jusqu'ici de la mort naturelle du donataire arrivée avant l'ouverture de la succession du donateur.

Avant la loi du 31 mai 1854, la mort civile du donataire opérait caducité en vertu de l'art. 1089, comme sa mort naturelle. Car il était désormais incapable de recueillir une donation ou un legs. Aujourd'hui, bien que la mort civile soit abolie, la décision n'est pas pour cela changée. Le condamné à une peine afflictive perpétuelle n'est plus, il est vrai, mort civilement; mais il est toujours incapable de recevoir une libéralité (2). Par conséquent, s'il est encore dans le même état, s'il n'a pas été réhabilité au moment de la mort du donateur ou de l'instituant, la disposition tombera, à moins qu'il n'y ait des enfants du mariage, auquel cas ils prendront *jure suo* la place de leur auteur.

2495. Supposons, maintenant, que le donataire disparaisse sans nouvelles, et que son existence soit incertaine lors de la mort du donateur, la donation ou institution sera caduque à l'égard de ce donataire, tant que son existence, au moment de l'ouverture du droit, ne sera pas démontrée. Ce cas tombe sous l'application de l'art. 135, lequel statue sur les droits éventuels qui compètent à l'absent après sa disparition (3).

2496. Arrivons aux effets de la caducité.

(1) Art. 120, C. Nap.

(2) Art. 3, loi du 31 mai 1854. V. ce que nous avons dit *supra*, n° 511. *Junge*, art. 1043.

(3) M. Duranton, t. IX, n° 750.

Dans la stricte acception des mots, une disposition est caduque quand on ne la recueille pas (1). Il ne faut pas la confondre avec celle qui, après avoir été recueillie, est enlevée au bénéficiaire par un droit de résolution ou par un droit de retour.

Si l'on applique ceci à l'institution contractuelle ou à la donation de biens présents et à venir, il en résulte que le prédécès du bénéficiaire fait tomber la disposition avant qu'elle ait fait passer dans ses mains les avantages qui y sont attachés. Partant de là, s'il arrive que la libéralité ait été faite à un futur époux qui ensuite prédécède, le donataire ou l'institué est censé n'avoir jamais eu aucun droit sur les choses comprises dans la disposition ; ces choses n'ont pas fait impression sur sa tête, et c'est par conséquent en vain que sa femme prétendrait sur eux hypothèque légale. Ici ne s'applique pas l'art. 952 du Code Napoléon qui, lorsque s'opère le retour des biens donnés par contrat de mariage, accorde sur eux, par une favorable exception, une hypothèque subsidiaire à la femme (2). Notre article ne prévoit pas un cas de retour; il s'occupe d'un cas de caducité, ce qui est tout différent.

M. Maleville enseigne, cependant, que si un futur époux donataire de biens présents et à venir, décède avant le donateur, la femme conserve son hypothèque légale sur les biens présents compris dans la donation (3). Mais c'est là une erreur dont la cause est tout entière dans la fausse idée que M. Maleville se faisait de la donation de biens présents et à venir sous le Code Napoléon. Car il attribue à cette disposition un effet actuel en ce qui concerne les biens présents, effet qu'il emprunte aux souvenirs des pays

(1) *Supra*, n° 2121.
(2) *Supra*, n° 1280.
(3) *Analyse de la discuss.*, sur l'art. 1089, t. II, p. 532.

de droit écrit (1); et sous l'influence de ce quiproquo, il veut, par argument de l'art. 952, que l'hypothèque de la femme ait saisi ces biens en temps utile, et qu'elle ne puisse perdre des effets consommés avant le décès.

Mais nous avons prouvé que le système des pays de droit écrit a été proscrit par le Code, qu'aujourd'hui la donation de biens présents et à venir est, dans son ensemble, différée et suspendue jusqu'à la mort du disposant (2). Si donc le donataire meurt avant cette époque, cet événement fait évanouir la donation, et la femme du donataire ne conserve pas une hypothèque qu'elle n'avait pu acquérir sur des biens que son mari n'avait pas acquis (3).

2497. Mais que devrait-on décider si, sous le Code Napoléon, le donateur consentait à se dépouiller actuellement des biens présents? Le prédécès du donataire ne ferait-il revenir la chose dans les mains du donateur qu'avec la charge de l'hypothèque de l'épouse, conformément à l'art. 952?

Notez bien que nous ne supposons pas deux donations distinctes dans le même acte, l'une de biens presents, l'autre de biens à venir; car, en pareil cas, il faudrait dire que le prédécès du donataire ne ferait pas évanouir la donation de biens présents, et que le droit du donataire est passé à ses héritiers, ainsi que l'enseignait Furgole pour les pays de droit écrit (4).

Mais nous supposons que le donateur a entendu faire une donation cumulative dont les éléments sont liés et solidaires. Le donateur, qui peut varier ses dispositions suivant l'exigence des cas, est le maître de ne pas rompre le lien qui

(1) *Supra*, n° 2387.
(2) V. *supra*, n° 2398.
(3) MM. Duranton, t. IX, n° 736; et Coin-Delisle, sur l'art. 1089, n° 1.
(4) *Supra*, n° 2482.

unit cumulativement les biens présents et les biens à venir, et cependant de faire au donataire la délivrance des biens présents, afin que sa donation produise des effets successifs, sans cesser d'être solidaires. Valable ou caduque pour le tout, la donation est régie, sous le rapport du prédécès, par l'art. 1089, et ce prédécès la fait évanouir en entier. Dans ce cas, les biens dont le donateur s'est dessaisi font une sorte de retour dans son patrimoine, ainsi que cela résulte d'un avis du conseil d'État, du 22 décembre 1809, que nous avons cité (1). Il décide que la clause que le donataire entrera tout de suite en jouissance, insérée dans une donation de biens présents et à venir, opère mutation et fait encourir un droit proportionnel d'enregistrement; mais qu'en cas de survie de la part du donateur, les biens font retour à ce dernier conformément à l'art. 1089 du Code.

On voit que cet avis du conseil d'État a coordonné la délivrance avec le caractère de la donation de biens présents et à venir, qui, par sa nature, est indivisible tant que vit le donateur. Il s'est bien gardé d'adopter le système des pays de droit écrit rappelé ci-dessus (2), d'après lequel la délivrance faite au donataire avait pour conséquence de le faire considérer comme tellement propriétaire, que, malgré son prédécès, il transmettait son droit à ses héritiers. Le conseil d'État est sagement arrivé à une solution tout autre, et sa décision s'explique par une combinaison d'aperçus divers tirés et de la convention et de l'art. 1089. La convention a modifié les effets ordinaires de la donation cumulative, en ce qu'elle lui fait produire une délivrance des biens présents, qui est contraire à la nature de ce genre de libéralité. Mais, par cela seul que la donation reste cumulative, mal-

(1) *Supra*, n° 2400.
(2) *Supra*, n° 2482.

gré cette dérogation au droit commun, qu'elle laisse subsister ce mélange et l'ensemble des biens présents et à venir, l'art. 1089 doit s'appliquer à la donation tout entière.

Or, la caducité, en faisant rentrer tous les biens dans la main du donateur, les lui restitue-t-elle sous la charge de l'hypothèque subsidiare de la femme? Est-ce là un retour semblable à celui dont l'art. 952 règle les effets?

Telle est la question.

Remarquons bien d'abord que l'avis du conseil d'État précité ne renvoie pas à l'art. 952; il place la donation sous l'empire de l'art. 1089. C'est là une observation qui a une valeur qu'on ne saurait contester. Si l'art. 1089 est la seule règle de ce retour, il s'ensuit que ce n'est pas le retour ordinaire envisagé par l'art. 951. C'est un retour qu'il faut assimiler à une caducité.

Il y a une autre remarque. L'art. 952 suppose que le donateur n'a rien stipulé de contraire à la règle « *donner et retenir ne vaut*, » il suppose qu'il s'est dépouillé pleinement, irrévocablement, si ce n'est la réserve du retour en cas de prédécès du donataire. En pareil cas, l'effet juridique par suite duquel la chose est replacée dans les mains du donateur, mérite à juste titre le nom de retour; l'immeuble rentre dans un patrimoine d'où il était sorti. Il n'en est pas de même ici. Le donateur ne s'est dépouillé qu'en faisant peser sur la donation un caractère précaire; il a le droit tacite et inné de créer des dettes et d'épuiser par là l'émolument présent et à venir. Il a donné, mais il a retenu; la chose n'est pas sortie pleinement de son patrimoine; elle y est restée, au contraire, par un lien qui la retenait contre toutes les règles ordinaires des donations proprement dites. Est-ce là le retour envisagé par les art. 951 et 952? D'un autre côté, comment l'épouse aurait-elle des droits supérieurs à tous ceux qu'il plaira au donateur de faire peser sur les choses données et à

tous les créanciers qui se présenteront à son décès? Comment donc serait-il possible que la chose en rentrant dans les mains du donateur par le fait du prédécès, y revînt grevée d'un droit d'hypothèque légale qui gênerait le droit de ce même donateur de créer des dettes illimitées? Serait-il raisonnable que le donateur fût placé, par ce prédécès, dans une condition moins bonne que celle qu'il aurait eue pendant sa vie, si ce fût lui qui fût prédécédé? L'art. 952 n'a donc rien à faire dans notre hypothèse. Cet article est une exception à la règle « *resoluto jure dantis resolvitur jus accipien-* » *tis.* » Et cette exception ne saurait être étendue hors des cas qu'elle prévoit. L'art. 952 suppose de la part du donateur une intention favorable à l'épouse et facile à comprendre de la part d'un donateur qui a été jusqu'à se lier irrévocablement et à préférer absolument son donataire à lui-même. Mais il n'est pas possible de la sous-entendre chez un donateur qui, en donnant, a voulu retenir, et qui s'est préféré au donataire.

Mais ceci deviendra plus clair par l'espèce que nous rapporterons au n° 2499.

2498. A cela il n'y a rien de contraire dans un arrêt de la cour de cassation, du 7 avril 1829 (1), dont j'ai consulté l'espèce sur les registres de la cour. Cet arrêt repose tout entier sur une appréciation des faits, desquels il résulte que le donateur avait entendu donner à la future épouse une hypothèque conventionnelle sur les biens donnés. Ce n'était pas l'hypothèque subsidiaire résultant de l'art. 952; c'était une hypothèque stipulée expressément, une hypothèque pleine, entière, remontant au jour du mariage et ayant une valeur acquise sur les immeubles, soit qu'ils fussent possédés par le donataire, soit qu'au cas de retour, ils rentras

(1) Devill., 9, 1, 268; *Palais*, 22, 886.

sent dans les mains du donateur, qui s'était formellement engagé.

Laurent Aubenque, en mariant son fils Barthélemy à la demoiselle Martinenc, avait reçu du père de celle-ci une somme de 10,000 fr. formant la dot de la future épouse; et, ce qu'il y a de remarquable, elle lui avait été remise pour qu'il l'employât dans son commerce. Pour sûreté de cette remise, Laurent fit à son fils, par son contrat de mariage, une donation de biens présents et à venir avec affectation solidaire des biens présents à la restitution des 10,000 fr., dot de la future épouse. Il résultait de la combinaison de toutes les clauses du contrat de mariage que, d'une part, Laurent avait voulu se dessaisir, pour que (comme le disait la cour d'appel de Montpellier) les biens présents fissent impression sur la tête de Barthélemy, son fils; que, de l'autre, ces biens étaient arrivés dans les mains du futur, avec l'obligation de garantir la dot dont le donateur, son père, était personnellement débiteur. Ainsi donc, le droit de retour stipulé par le père en cas de prédécès de son fils, ne pouvait en aucune manière ébranler le droit de l'épouse, puisque ce dernier militait avec autant de force contre le donateur, obligé personnel, que contre le donataire. Je répète que l'art. 952 ne fut invoqué par personne, et le procès roulait non sur une question de droit, mais sur une interprétation de convention.

2499. Voyons, maintenant, comment agit l'art. 1089 sur les donations non cumulatives, soumises aux conditions potestatives autorisées par l'art. 1086.

Par exemple, Primus a donné à Secundus, par contrat de mariage, deux domaines dont il se dessaisit; mais il lui impose la condition de payer les dettes qu'il laissera à son décès. Secundus meurt sans enfants, avant Primus. L'épouse aura-t-elle une hyppthèque subsidiaire sur ces deux domaines, par argument de l'art. 952?

Non, et ici s'applique, d'une manière encore plus saillante, l'argumentation que nous faisions au n° 2497.

Dans le cas de l'art. 952, la libéralité n'est soumise qu'à la condition de survie du donataire. Pour le surplus, la donation est actuelle, irrévocable, définitive. Dans notre hypothèse, il n'en est pas de même. Non-seulement le donataire doit survivre au donateur, il faut encore qu'il subisse l'arbitraire du donateur pour la création de dettes illimitées. Or, l'épouse n'a pu espérer que son hypothèque s'étendrait sur un immeuble si profondément affecté par la toute-puissance du donateur, et si directement soumis à une volonté de révocation. Cette situation diffère de la manière la plus grave de celle que règle l'art. 952.

Article 1090.

Toutes donations faites aux époux par leur contrat de mariage, seront, lors de l'ouverture de la succession du donateur, réductibles à la portion dont la loi lui permettait de disposer.

SOMMAIRE.

2500. Cet article applique aux donations par contrat de mariage le principe de la réduction des libéralités inofficieuses.
2501. Cette application souffrait difficulté, parce que ces donations sont presque à titre onéreux. Doutes dans les pays de droit écrit.
2502. Jurisprudence des pays coutumiers.
2503. L'ordonnance consacre la réduction pour la constitution de dot.
2504. Notre loi généralise la solution. Motifs.
2505. Dans quel ordre se fera la réduction s'il y a d'autres donations? Les donations de biens présents seront réduites à leur date.
2506. Il en est de même de l'institution contractuelle;

2507. Et de la donation de biens présents et à venir acceptée sans division. Du cas où le donataire d'une quote est expressément chargé des légitimes.

2508. *Quid* si le donataire grevé de cette charge ne concourt qu'avec des héritiers à réserve ?

2509. Des dons ou legs modiques que le donateur universel est de droit autorisé à faire.

2510. De la donation cumulative, quand le donataire a opté pour les biens présents.

2511. Des donations faites sous une condition potestative ou sous la charge de payer les dettes du donateur.

2512. De la donation universelle sous réserve de la faculté de disposer d'un objet. La donation faite en vertu de la réserve est préférable.

2513. *A fortiori* si la donation n'est pas universelle.

2514. Du cas où le donateur n'a pas usé de la faculté qu'il s'était réservée.

COMMENTAIRE.

2500. Cet article ne présente qu'une application pure et simple du principe de la réduction des libéralités, qui empiètent sur la réserve des héritiers. Si les donations faites pour assurer la dot du mariage sont favorables, les légitimes ne le sont pas moins, et il n'y a rien de si conforme aux lois de la nature que de garder l'égalité entre anfants (1). Notre article ne veut donc pas souffrir une injustice démesurée entre des personnes si intimement unies par le lien du sang. Pour en bien comprendre l'utilité, il faut se souvenir de doctrines qui avaient prévalu autrefois dans la jurisprudence de certains parlements et que notre législateur a voulu condamner.

2501. Comme nous l'avons dit ailleurs (2), les donations

(1) D'Olive, 3, 21.

(2) Comment. du *Contrat de mariage*, n°s 12, 130, 1246. *Supra*, n° 2342.

faites par contrat de mariage et surtout les constitutions de dot participent de la nature des contrats à titre onéreux. C'est pour cela que de semblables donations ne sont révocables pour cause de fraude, à la demande des créanciers, que si le mari est complice de la fraude commise par le donateur (1). C'est aussi pour ce motif que celui qui a constitué une dot, est obligé à garantie (2). De là faut-il conclure que la donation à titre de dot n'est pas réductible, pour composer la réserve des héritiers que la loi favorise?

Cette question s'est présentée sous le droit romain, et elle a été résolue par deux rescrits de l'empereur Constance (3), en ce sens, que la dot, qui est inofficieuse, c'est-à-dire qui porte atteinte à la légitime, doit être réduite comme une donation ordinaire. Le premier rescrit est général; le second statue sur le cas d'une constitution de dot faite par la femme à son mari au préjudice d'enfants d'un premier lit. Tous deux décident que la dot qui porte atteinte à la légitime des autres enfants, doit être ramenée dans les bornes légales.

Justinien fondit ces deux lois en une seule, et en fit une décision générale, embrassant tous les cas et prononçant pour tous la nécessité du retranchement (4). Cette loi est claire en elle-même; elle devait faire cesser tous les doutes. Mais des interprètes plus habiles qu'il ne fallait, se mirent à la rapprocher des deux lois de Constance qu'elle résumait, et prétendirent qu'elle ne statuait que sur le second cas envisagé par cet empereur. Partant de là, ils écartèrent l'auto-

(1) L. 25, § 1, D., *Quæ in fraudem credit*. Mon comment. du *Contrat de mariage*, t. I, n° 131.

(2) Art. 1440, C. Nap. *Supra*, n° 2342.

(3) L. 1 et 2. C. Théodos., *De inoff. dotibus*. D'Olive les attribue à tort à Constantin (3, 21). Godefroy établit qu'elles sont de Constance.

(4) L. uniq. C. Just, *De inoff. dotibus*.

rité du droit romain dans tous les cas où il ne s'agissait pas d'une femme se mariant au préjudice de ses enfants d'une autre union et se constituant en dot tous ses biens (1). Et sous cette influence, le parlement de Toulouse, après avoir été dans les saines idées du retranchement, les abandonna, pour porter toute sa faveur du côté du mari, voulant qu'il ne fût pas privé de biens sur lesquels il avait compté pour entretenir sa famille (2). On finit, cependant, par reconnaître qu'il y avait dans cette jurisprudence une trop grande injustice à l'égard des autres enfants; que l'égalité qui est dans la nature recevait une trop grande atteinte, et cette faveur pour la cause du mari fut tempérée dans le dernier état des arrêts de ce parlement. On jugeait donc, au moment de la promulgation de l'ordonnance de 1731, que la dot ne serait soumise à un retranchement, pour former la légitime, qu'après la mort du mari, ou la séparation des époux, en un mot quand l'intérêt du mari ne serait plus en jeu (3).

Du reste, les autres parlements de droit écrit n'étaient pas entrés dans cet ordre d'idées, et les parlements de Grenoble et de Provence jugeaient indistinctement que les dots étaient réductibles pour les légitimes, même sans attendre la mort du mari (4). Et par là, ils se montraient mieux instruits que le parlement de Toulouse du sens de la loi unique au C. Just. *De inofficiosis dotibus*, qui ne dit pas un mot des restrictions qu'on lui prête, et qui, prise dans son sens naturel, parle tout simplement d'une mère qui, ayant donné une dot excessive à un de ses enfants, soulève les réclamations des autres.

(1) D'Olive, 3, 21, et les conclusions de l'avocat général Briquet, rapportées dans Ferrières sur Paris, art. 298, glose 4, n° 23 (341, col. 2).

(2) D'Olive, liv. 3, ch. 21. De Catelan, liv. 4, ch. 65. Furgole sur l'art. 35 de l'ordonn., t. V, p. 292, et quest. X.

(3) Furgole sur l'ordonn., *loc. cit.*

(4) Furgole, *ibid.*

2502. Quant aux pays coutumiers, on pensait aussi que la constitution de dot était un moyen trop facile et trop dangereux de mettre l'un des enfants dans l'aisance, et de laisser les autres dans une position inégale, et l'on y appliquait invariablement le remède du retranchement. Aussi Ferrières (1), Ricard (2), Lebrun (3) décidaient-ils que la dot était sujette à réduction pour atteinte à la légitime, et cela aussitôt après la mort du disposant, sans attendre la dissolution du mariage.

2503. C'est cette doctrine, la seule juste et raisonnable, qui a été consacrée par l'ordonnance de 1731. L'art. 35 portait « que la dot, même celle qui aurait été fournie en » deniers, serait sujette au retranchement pour la légitime » dans l'ordre prescrit par l'article précédent; ce qui au- » rait lieu, soit que la légitime fût demandée pendant la vie » du mari, ou qu'elle ne le fût qu'après sa mort, etc. »

L'ordonnance ne parle pas des autres donations nuptiales. Mais l'art. 35 leur est à plus forte raison applicable.

2504. Notre article a résumé et généralisé ces solutions; elles sont éminemment sages. La faveur du mariage doit se concilier avec l'intérêt des enfants du donateur qui, à la mort de leur père, n'ont pas encore reçu de dot et formé d'établissement. Les réserves sont de droit naturel; rien ne saurait leur porter atteinte, et si le mari peut être assimilé à un acheteur comme on le fait quelquefois, les enfants sont des créanciers antérieurs dont le titre repose sur le droit le plus inviolable et le plus sacré.

2505. Ceci posé, il faut donc dire que toutes les donations, faites par contrat de mariage aux futurs époux, sont réductibles dans la mesure de la quotité disponible. Mais s'il

(1) *Cout. de Paris*, art. 298, glose 4, n° 17 et suiv.
(2) *Donat.*, 3e p., 1071 et suiv.
(3) *Success.*, liv. 2, ch. 3, sect. 7, n° 16.

y a d'autres donations faites par la même personne à des tiers, dans quel ordre les donations par contrat de mariage seront-elles atteintes par le retranchement?

D'abord, il ne saurait y avoir de doute à l'égard des donations de biens présents faites par contrat de mariage. Elles sont évidemment sujettes à réduction à la date du contrat de mariage : peu importe qu'elles soient subordonnées à la célébration du mariage. La condition accomplie opère un effet rétroactif, et le donateur n'a pas dû, depuis le contrat de mariage, avant même la célébration, faire d'autres libéralités qui nuisissent à l'époux gratifié.

2506. Venons aux institutions contractuelles.

L'institution contractuelle, bien qu'elle ne s'ouvre qu'à la mort du disposant, est néanmoins irrévocable du jour où elle est faite. L'instituant n'a plus le droit de faire de libéralités au préjudice de l'institué, si ce n'est pour des sommes modiques à titre de récompense ou autrement (1). Il en résulte deux conséquences : l'une que toute donation postérieure un peu importante, en tant qu'elle est faite sur des biens déjà compris dans l'institution, est nulle et non pas réductible; l'autre que l'institution contractuelle prend rang, entre toutes les donations portant sur d'autres biens, à la date du contrat de mariage, pour déterminer l'ordre dans lequel elle sera, s'il y a lieu, réduite.

Appliquons ceci à l'institution contractuelle universelle et à l'institution contractuelle à titre universel.

Quand l'institution d'héritier embrasse la succession entière du disposant, toutes les donations postérieures au contrat de mariage et non modiques sont nulles. C'est l'institué qui supporte, seul et pour le tout, le retranchement nécessaire pour la formation des réserves. Il ne recueille en

(1) Art. 1083 C. Nap.

définitive que la quotité disponible, moins les donations antérieures au contrat de mariage.

Si l'institution contractuelle ne porte que sur une quote-part de la succession, par exemple sur une moitié, et que l'instituant ait, depuis, fait des libéralités particulières, en ce cas ces, libéralités sont d'abord nulles pour moitié; de plus, pour l'autre moitié, elles doivent être réduites de tout ce qui manque à la réserve des héritiers. Quant à l'institué, il ne sera atteint par la réduction que si la moitié que le donateur n'avait pas comprise dans son institution contractuelle ne suffit pas à l'intégrité de la réserve des héritiers (1).

2507. Tout ce que nous venons de dire est applicable à la donation de biens présents et à venir, lorsque le donataire accepte la donation en entier et ne s'en tient pas aux biens présents. C'est ce que décidait l'art. 36 de l'ordonnance de 1731. Sous le rapport qui nous occupe, il n'y a aucune différence à établir entre celui qui a droit à tout ou partie des biens en vertu d'une institution contractuelle ou en vertu d'une donation de biens présents et à venir. Ou la donation est universelle, et le donataire est tenu des réserves; ou elle est d'une quote des biens, et le donataire n'est tenu qu'après la discussion des autres biens du donateur et des donations postérieures (2).

Mais il faut prévoir un cas qui peut se présenter. Il est possible que le donataire d'une quote-part des biens présents et à venir soit chargé par une clause expresse de contribuer au payement des légitimes; dans cette hypothèse, l'article précité de l'ordonnance décide que le donataire de moitié, par exemple, doit supporter la moitié des légitimes, par pré-

(1) Arg. de l'art. 36 de l'ordonn. de 1731. MM. Duranton, t. VIII, n° 751. Grenier, t. IV, n° 606. Coin-Delisle sur l'art. 1090, n° 2.

(2) Furgole sur cet article.

férence aux donataires à qui l'autre moitié des biens a été donnée depuis le contrat de mariage (1). La volonté du donateur a imposé cette loi à la donation. Il faut l'exécuter. Cette solution de l'ordonnance est aussi celle qu'il faut donner sous le Code Napoléon.

2508. Remarquons que, suivant l'opinion d'Henrys (2) et de Furgole (3), le donataire universel d'une partie des biens à venir, à qui la charge d'une part proportionnelle de la légitime a été imposée, est tenu de fournir cette part, lors même que le donateur n'a fait ultérieurement aucune autre libéralité, et que le donataire universel ne concourt qu'avec les héritiers à réserve; de sorte que, bien que ceux-ci trouvent peut-être dans la succession *ab intestat* l'équivalent de leur réserve, ils pourront attaquer en réduction le donataire pour lui enlever une part proportionnelle de la réserve. Mais cet avis n'a pas obtenu l'unanimité des auteurs anciens. Bretonnier le critiquait, et en dernière analyse, c'est une question d'intention que les juges décideront d'après les circonstances. Le disposant a la faculté de laisser à ses héritiers légitimaires plus que la réserve légale; il peut imposer sa volonté aux donataires qu'il gratifie. Mais cette volonté existe-t-elle dans l'espèce? La rédaction de la clause aidera beaucoup à résoudre la question.

2509. Les dons ou legs modiques à titre de récompense ou autrement, que le donateur peut faire et mettre à la charge de l'institué ou donataire universel, ne sont pas réductibles à leur date et avant l'institution ou la donation de biens présents et à venir. La raison en est que ces libéralités modiques sont, pour l'institué, moins des donations postérieures que des charges à supporter. Il serait trop commode

(1) Même article. Furgole sur cet article.
(2) T. III, VI. I, quest. 55.
(3) Sur l'art. 36, t. V, p. 300.

à l'institué de se débarrasser de cette charge, en faisant tomber, en première ligne, ces donations sous le retranchement que la réserve nécessite.

Ces libéralités ne seront réduites qu'après la donation universelle elle-même. Elles ont en général des causes très-favorables, et le donateur est présumé avoir voulu les faire exécuter intégralement, par préférence à l'institution et à la donation de biens présents et à venir.

2510. Nous avons supposé que le donataire des biens présents et à venir avait accepté sans division tous les biens du donateur défunt. Que si le donataire optait pour les biens présents, il serait absolument comparable à un donataire entre-vifs, et si le donateur avait fait depuis le contrat de mariage des dons ou legs de sommes modiques, tels qu'un donataire de biens à venir serait tenu de les acquitter, ces dons et legs n'en seraient pas moins réduits les premiers et avant la libéralité faite à l'époux donataire qui, en optant pour les biens présents, s'est délivré de leur charge.

2511. Il faut, maintenant, nous occuper des donations faites par contrat de mariage sous des conditions potestatives déterminées, ou sous la charge de payer toutes les dettes du donateur. Ces donations sont, en principe, des donations entre-vifs, irrévocables, réductibles à la date du contrat de mariage. Il ne serait pas exact de les comparer d'une manière absolue à des donations à cause de mort. Elles ne sont pas pleinement soumises à la volonté ambulatoire de l'homme. Bien que le donateur donne et retienne, il se lie cependant à certains égards, et la libéralité n'est révocable que dans une mesure fixe et déterminée par le contrat. Sans doute ces donations ont de grandes analogies avec la donation à cause de mort. Mais elles en diffèrent par le lien qui empêche le donateur de les révoquer par tout autre moyen que celui qu'il s'est retenu. C'est

pourquoi le donateur ne peut pas y porter atteinte par des donations postérieures. Celles-ci doivent être préalablement réduites pour composer, s'il y a lieu, la réserve (1).

2512. En est-il de même des donations faites en contrat de mariage, sous la réserve pour le donateur de la faculté de disposer d'un objet ou d'une somme? Deux cas se présentent : le donateur a usé ou n'a pas usé de la faculté qu'il s'était réservée.

Si le donateur a disposé de l'objet ou de la valeur dont il avait conservé la disposition, les nouvelles donations qu'il a ainsi faites ne seront pas réduites avant la donation faite par contrat de mariage. Quoique postérieures en date, elles seront placées dans un rang préférable à la donation frappée de la réserve. La raison de cette décision se tire de la volonté du disposant. Ce dernier s'est réservé le droit de faire, dans de certaines limites, des donations préférables à l'institution d'héritier ou à la donation de biens présents et à venir. Il a voulu assurer de toute manière l'exécution de ces donations et donner à la faculté qu'il retenait au détriment du donataire, toute l'efficacité possible.

Cette interprétation de la volonté du donateur est particulièrement évidente, lorsque l'institution ou la donation faites par contrats de mariage sont universelles. Si les biens réservés devaient être assujettis au payement des légitimes, la réserve serait inutile, parce que les légitimaires l'absorberaient, et ce serait en vain que le donateur aurait réservé la faculté d'en disposer (2) ; c'est donc à l'institué ou au donataire universel qu'il incombe de payer les légitimes, et ils ne sont pas fondés à vouloir que les enfants discutent l'effet particulier ou la somme réservée.

(1) M. Coin-Delisle sur l'art. 1089, no 2.
(2) Furgole sur l'art. 36, t. V, p. 298.

2513. A plus forte raison en doit-il être de même dans une donation qui n'est pas universelle. Car alors, la réserve de disposer a quelque chose de plus défavorable au donataire; elle était moins nécessaire que dans une donation universelle, puisque, sur les biens placés en dehors de la donation, il pouvait satisfaire ses idées de libéralité. Pourquoi le donateur qui avait un restant de patrimoine libre, a-t-il stipulé la réserve de manière à faire retomber la donation postérieure sur l'époux gratifié? C'est parce qu'il a entendu restreindre suivant certaines éventualités l'étendue de la donation nuptiale. C'est qu'il a voulu tenir le donataire dans une certaine dépendance, ou bien laisser une place à d'autres affections. De tout cela ne résulte-t-il pas une préférence manifeste en faveur de celui qui est appelé à profiter des effets réservés?

M. Dalloz, qui ne partage pas notre opinion, fait une objection tirée de l'art. 923. La loi, dit-il, veut que les dispositions testamentaires soient réduites avant les donations, et que les donations soient réduites en commençant par la dernière et en remontant aux plus anciennes. Or, peut-on intervertir cet ordre sans violer la loi (1)?

A cela nous répondons que l'art. 923 établit une règle pour le cas où des libéralités ont été successivement faites, sans que le disposant ait exprimé dans quel ordre elles seraient réduites. Dans cette hypothèse, l'ordre indiqué par le législateur doit être invariablement suivi. La première donation est pure et simple; le donateur, complétement dessaisi, n'a pas eu le droit de faire une seconde donation qui nuisît à la première, qui fût préférable à la première sous le rapport de la réduction.

Mais quand le donateur a, dans une première donation,

(1) V° *Disp. entre-vifs et test.*, ch. 3, sect. 3, art. 2, n° 46.

fait une réserve et imposé au donataire de respecter une donation ultérieure faite à son préjudice, la position est bien différente. C'est la volonté des parties qui la domine. L'article 923 devient inapplicable. « Convenances vainquent la loi » et le donateur peut imposer à son donataire telle condition que bon lui semble (1).

Notre solution a été sanctionnée par la cour de cassation (2). Voici dans quelles circonstances :

Un sieur Desassis avait, en se mariant, avantagé sa femme d'un gain de survie de 16,000 fr. en capital et de 700 fr. en viager.

Il eut deux enfants : en 1809 il maria sa fille et lui constitua une dot de 50,000 fr.

En 1806 il marie son fils, et dans le contrat de mariage il l'institue son héritier par préciput et hors part « du tiers » de tous les biens dont il mourra saisi et revêtu, sous la » réserve d'une somme de 15,000 fr., pour en disposer en » faveur de qui bon lui semblera, et par tel acte qu'il jugera » convenable. »

En 1827 il meurt, laissant un testament dans lequel il lègue à sa fille la somme de 12,000 fr., sur celle dont il s'était réservé la disposition par le contrat de mariage de son fils.

Le fils prétend que le legs fait à sa sœur est caduc aux termes de l'art. 925, comme excédant la quotité disponible; que cette quotité est épuisée par le gain de survie fait par le défunt à sa femme, et par le don du tiers de tous ses biens, c'est-à-dire de la totalité de la quotité disponible fait par préciput au fils par son contrat de mariage sous une réserve que ledit gain de survie compense et dépasse.

(1) MM. Grenier, t. IV, n° 609, et Coin-Delisle sur l'art. 1090, n°s 5 et 6, décident comme nous la question quand l'institution ou donation grevée de la réserve est universelle, et décident le contraire quand elle ne l'est pas.

(2) Arrêt du 7 juillet 1835 (Devill., 35, 1, 914).

Le tribunal d'Aubusson, par un jugement du 1er juillet 1831, se prononce en faveur de la fille et ordonne l'exécution du legs de 12,000 fr., « considérant que si le sieur » Desassis père, en léguant 12,000 fr. à sa fille, n'a pas » excédé la réserve qu'il s'était faite en instituant son fils hé- » tier du tiers de ses biens, d'une autre part les avantages » qu'il avait précédemment faits à son épouse ne lui avaient » pas ôté le droit d'une nouvelle charge sur cette institution, » puisqu'il lui était libre même de ne rien donner. »

Sur l'appel, la cour de Limoges, le 5 mai 1832, confirme en adoptant sur ce point les motifs des premiers juges.

Le pourvoi ne fut pas plus heureux que l'appel; la cour de cassation l'a repoussé, le 7 juillet 1835 : « Attendu que, » par le contrat de mariage du sieur Desassis fils, son père » l'institua héritier pour un tiers à titre de préciput; que le » père se réserva néanmoins sur ce tiers la somme de » 15,000 fr., qui se trouva ainsi détachée du préciput; » que cette modification fut acceptée par le sieur Desassis » fils et devint une partie essentielle du contrat; que le père » disposa ensuite, par un testament olographe, de la somme » de 12,000 fr., au profit de sa fille, au moyen d'un legs » de cette somme dépendante de la réserve qu'il s'était » faite dans le contrat de mariage de son fils; qu'en décla- » rant ce legs valide, et non sujet à rapport, d'après les di- » verses circonstances qui concouraient à faire considérer » ce legs comme fait par préciput, la cour de Limoges n'a » contrevenu à aucune loi. »

2514. Passons à la seconde face de notre difficulté. Pierre fait une institution contractuelle ou une donation de biens présents et à venir, en se réservant la faculté de disposer d'une chose ou d'une somme sur les biens donnés. Il fait ensuite des libéralités, mais sans que ce soit en vertu de la réserve stipulée dans le contrat de mariage. Il meurt, n'ayant pas usé de cette réserve.

Dans quel ordre la réduction atteindra-t-elle, s'il y a lieu, ces diverses dispositions, pour former la légitime? Tout dépend de l'idée qu'on se fait de la donation soumise à une réserve et de la qualification du droit du donataire qui recueille la chose réservée, quand le donateur n'en a pas disposé. Si, comme le veulent quelques auteurs, cette donation doit être assimilée à une disposition testamentaire (1), s'il faut la considérer comme une donation à cause de mort, elle doit être réduite avant toute autre donation, et le retranchement attaquera d'abord les objets réservés, puis les donations faites après le mariage, puis enfin, s'il y a lieu, le reste de la donation faite dans le contrat nuptial. Si, au contraire, on la classe parmi les donations entre-vifs, il faudra suivre l'ordre des dates prescrit par l'art. 923 (2).

Nous croyons, quant à nous, que, malgré le mélange d'éléments qui la rapprochent de la donation testamentaire, la donation en diffère cependant par des points qui doivent faire pencher la balance du côté de la donation entre-vifs. Dans la donation testamentaire ou legs, le légataire n'a de droit que du jour de la mort; voilà pourquoi son don doit tomber le premier sous le coup de la réduction. Il est moins favorable que le donataire dont le droit se fixe pendant la vie du donateur. C'est le cas de dire : *Potior tempore, potior jure*. Mais ici le donataire a un droit qui remonte au contrat de mariage; car le décès du donataire sans avoir usé de la réserve purifie la donation et la fait considérer comme pure et simple *ab initio*.

Cette solution est, du reste, fortifiée par la volonté du donateur. Il s'était réservé le droit de préférer quelqu'un au

(1) M. Duranton, t. VIII, nº 358.
(2) L'annotateur de M. Grenier, t. IV, p. 232; nº 609, note a.

donataire; mais il n'a pas usé de cette faculté; il a fait des libéralités postérieures, mais sans vouloir porter atteinte au droit de l'époux donataire. Il n'a pas voulu rendre le nouveau donataire préférable à celui qu'il avait gratifié antérieurement (1).

(1) MM. Coin-Delisle, sur l'art. 1090, no 7. Zachariæ, § 685 *bis*, note 7, t. V, p. 171.

CHAPITRE IX.

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX, SOIT PAR CONTRAT DE MARIAGE, SOIT PENDANT LE MARIAGE.

SOMMAIRE.

2515. Objet de ce chapitre. Pourquoi le Code ne s'occupe pas des donations par des tiers aux époux durant le mariage.
2516. Du droit romain. Renvoi.
2517. Division du sujet.

COMMENTAIRE.

2515. Il faut diviser en deux classes les donations entre époux, savoir celles qui se font par contrat de mariage, c'est-à-dire avant le mariage, et celles qui se font pendant le mariage. Il n'était pas nécessaire que la loi fît dans le chapitre précédent une pareille classification. Si le chapitre qui précède ne s'occupe que des donations par contrat de mariage faites aux époux par des tiers, c'est qu'il n'est pas permis de faire des pactes nuptiaux après le mariage. Quand, après la célébration, une libéralité est faite à l'un des époux, elle n'est plus considérée comme ayant le mariage pour cause finale. Elle rentre dans la catégorie des donations ordinaires; elle ne peut plus prétendre aux faveurs exceptionnelles des donations nuptiales.

Mais dans la matière qui va nous occuper il en est autrement. Les donations par contrat de mariage d'un époux à l'autre ne sont pas les seules que la loi place en dehors du droit commun. Elle se préoccupe à un haut degré des dona-

tions entre époux pendant le mariage; donations que de graves raisons ont fait mettre dans une classe à part, et qui même, à certaines époques, n'ont pas eu l'assentiment du législateur.

2516. Nous n'entrerons ici dans aucun détail sur les donations que les Romains autorisaient entre époux soit par le contrat nuptial, soit pendant le mariage. La préface de notre commentaire du contrat de mariage contient tout ce qu'il est besoin d'en dire pour l'utilité du droit moderne. On y recourra pour voir la différence des *sponsalitia*, des donations *propter nuptias*, et des donations *inter virum et uxorem*.

Nous ne parlerons pas davantage du douaire, des gains de survie, de la quarte du conjoint pauvre et autres avantages légaux qui, dans les pays coutumiers ou dans les pays de droit écrit, étaient la conséquence du contrat de mariage. Notre préface du contrat de mariage nous défend de nous étendre sur des explications qui ne seraient qu'une répétition.

Nous ne disons qu'une chose : c'est qu'à notre avis le Code Napoléon a sagement fait de n'admettre d'autres gains de survie que ceux qui sont stipulés par la volonté expresse des époux. La loi ne doit pas interposer une règle invariable dans des rapports qu'une affection toute spontanée doit régir (1).

2517. En passant successivement en revue les articles de ce chapitre, nous verrons que les époux peuvent se faire entre eux, par contrat de mariage, les mêmes libéralités que pourraient leur faire des étrangers; de plus, que la loi a pris soin de fixer une quotité disponible d'époux à époux; enfin nous verrons les règles de la donation *inter virum et uxorem*.

(1) Préface de notre commentaire du *Contrat de mariage*, p. CXI.

ARTICLE 1091.

Les époux pourront, par contrat de mariage, se faire réciproquement, ou l'un des deux à l'autre, telle donation qu'ils jugeront à propos, sous les modifications ci-après exprimées.

SOMMAIRE.

2518. Liberté dont jouissent les époux de se donner par contrat de mariage. Le droit romain voulait l'égalité et la réciprocité.
2519. Du droit coutumier. De la conservation des biens dans la famille.
2520. Suite. La liberté l'emporte et devient le droit commun. Conseils judicieux de Coquille.
2521. Système du Code. Motifs.
2522. La réciprocité ne détruit pas le caractère de libéralité.
2523. Conséquence. Réduction pour former la légitime.
2524. Toutefois une donation est nulle, si elle a été frauduleusement déterminée par l'espérance illusoire d'une donation réciproque.
2525. Conditions que les donations entre futurs époux admettent. De la révocation pour survenance d'enfant. De l'action révocatoire des créanciers frustrés.
2526. Influence de la faillite du mari sur les gains de la femme.

COMMENTAIRE.

2518. Notre article consacre, pour les futurs époux, une liberté aussi large que possible dans la vue de favoriser les mariages. Cette liberté trouvera bientôt, sans doute, quelques restrictions commandées par la prudence. Mais, telle qu'elle est, elle suffit pour répondre aux sentiments d'affection qui rapprochent les contractants et pour assurer le sort de celui qui survivra.

Il n'en a pas toujours été ainsi.

A Rome, les époux n'avaient une entière liberté que relativement aux dons entre fiancés (*sponsalitia*). Quant à la donation *propter nuptias*, comme elle n'était qu'une garantie et une contre-partie de la dot ou, en d'autres termes, une sorte de dot donnée à la femme par le mari, il fallait qu'elle fût égale à la dot; et si la dot était augmentée pendant le mariage, la donation *propter nuptias* devait être augmentée à proportion, afin d'y conserver une parfaite égalité. S'il était convenu par le contrat de mariage que le mari gagnerait une partie de la dot, la femme de son côté devait gagner une partie égale de la donation *propter nuptias :* car l'avantage devait être égal de part et d'autre. Si le mari était assujetti à rendre toute la dot en cas de survie, réciproquement la femme ne pouvait pas profiter de la donation à cause de noces. En un mot, l'égalité était si nécessaire entre la dot donnée au mari et la donation *propter nuptias* faite à la femme, qu'il n'était pas permis aux parties de la briser par des conventions contraires (1). Quoique Cujas ait trouvé que ce système avait une explication plausible dans les captations dont les futurs sont susceptibles (2), l'empereur Léon le Philosophe en prononça l'abrogation (3).

2519. C'est par d'autres considérations et à un autre point de vue que le droit coutumier avait, dans certaines localités, limité la faculté des futurs époux de se faire des libéralités. Dans ces provinces, telles que la Touraine, le pays de Blois, la Bretagne, on tenait avec une grande énergie à ce que les biens patrimoniaux n'allassent pas se perdre dans des familles étrangères. C'était pour elles un principe d'ordre so-

(1) Justinien, Novelle 99, c. 1. Cujas sur cette Novelle. L. 10, C. *De pactis conventis.* Argou, liv. 2. ch. x, t. II, p. 113 et 114.

(2) *Et merito nec aliter constitui, sine summa captione, potest.* (*Loc. cit.*)

(3) Novelle 20.

cial. Or, si ces biens avaient pu être donnés librement au conjoint, ils seraient sortis de la famille dans le cas où des enfants ne seraient pas issus du mariage. La faveur des mariages ne put donc entièrement prévaloir contre ce danger, et l'on maintint contre la liberté dont ils réclamaient le privilége, une règle essentielle, à savoir la conservation des propres dans la famille. « Par la coutume ancienne du bailliage de Blois, dit l'art. 160 de cette coutume, estoit permis et loisible à futurs époux, auparavant leur mariage consommé, faire donaison l'un à l'autre de tous leurs biens tant meubles, conquests que patrimoniaux : laquelle coustume a semblé estre desraisonnable, et au moyen de ce, plusieurs bonnes maisons en avoir été détruictes; à cette cause les assistants ont esté d'avis qu'elle devait être réformée en tant que touche les roturiers seulement; pour ce que les nobles ont déclaré vouloir vivre selon la dicte coutume ancienne. A cette cause, du consentement des gens d'église et autres du tiers estat, a esté couché l'article qui s'ensuit.

» Hommes et femmes roturiers qui se veulent et peuvent marier ensemble, en faveur de mariage, avant iceluy consommé, peuvent donner l'un à l'autre tous et chacuns leurs biens meubles et conquêts immeubles et la moitié de leurs héritages patrimoniaux à vie ou à toujours. Mais et vaut et tient tel don, pourvu que le mariage se consomme et sera le survivant saisi. Toutefois si après le décès du trespassé, il n'y avoit enfans du dict mariage issus d'eux ou les enfans décèdent sans enfans, en ce cas l'héritage ainsi donné retournera au donateur ou à ses plus prochains héritiers du côté dont procédoit le dict héritage (1). »

(1) Art. 161.

Ainsi, suivant cette coutume, les biens patrimoniaux ne peuvent être donnés que pour moitié, et même, s'il n'y a pas d'enfants, l'héritage retourne à la famille; les meubles et les acquêts sont seuls disponibles en entier, soit parce que la conservation en est moins précieuse, soit parce qu'ils n'ont pas une origine qui les rattache à la famille.

Nous avons rapporté ce texte en entier; car il témoigne mieux qu'aucun autre de l'esprit de la coutume et du motif des restrictions faites à la liberté des futurs époux. La coutume de Bretagne était entrée dans ce système restrictif, mais avec quelques nuances; elle permettait de donner en toute propriété le tiers des biens patrimoniaux, quel que fût le sort du mariage et lors même qu'il ne procréerait pas d'enfants. Alors ce tiers des biens patrimoniaux passait aux héritiers quelconques du donataire (1). La donation pouvait embrasser la totalité des biens patrimoniaux s'il y avait des enfants du mariage (2).

La plus sévère des coutumes était celle de Touraine; elle décidait (3) que « donations en faveur du mariage par l'un » des futurs conjoints à l'autre seraient valables jusques à » concurrence de tous les meubles à perpétuité et de la moi- » tié des acquêts à vie. » De sorte que, dans cette coutume, la prohibition était absolue pour les propres; elle entamait même la liberté de disposer des acquêts, puisqu'elle ne permettait de donner que la moitié de ces sortes de biens, et en usufruit seulement.

On le voit, la coutume de Touraine obéit à deux mobiles.

(1) Art. 220, ancienne coutume. D'Argentré sur cet article, glose 8, no 1: « *Potest igitur donatio alteri ab altero de sponsis fieri, de tertia patrimonii,* » *sic ut ad hæredes transeat donatio, et quomodo loqui solent, pro se et* » *hæredibus quibuscumque.* » Art. 205 de la Novelle.

(2) Art. 207, cout. nouv.

(3) Art. 236, cout. nouv.

Elle veut d'abord maintenir la fortune patrimoniale dans la famille; de plus, elle craint, en ce qui concerne les acquêts, que les futurs époux ne se dépouillent trop facilement dans un moment où la passion peut parler plus haut que la sagesse.

2520. Ce n'est pas ainsi que la question avait été envisagée par les coutumes d'Orléans (1), de Montargis (2), de Nivernais (3). Ces coutumes donnaient toute latitude à la volonté des futurs époux; elles consacraient un système de liberté très-différent de ce que nous venons de voir. Elles formaient le droit commun (4).

Pourtant Coquille (5) voulait qu'on n'abusât pas de cette facilité. Ses conseils sont si judicieux, que je crois utile de les rappeler ici :

« Communément on estime selon cet article que toutes » donations en contract de mariage, mesme des mariés l'un » envers l'autre, soient valables; mais je croy qu'il ne se » doit pas dire indistinctement. La loy romaine veut que » telles donations soient jugées bonnes ou non par les cir- » constances, et comme ladite loy dit *ex causa* (L. *Si ita* » *stipul.*, 97, § *Si tibi nupsero* D. *De verb. oblig.*) Comme si » une vieille hors d'aage de faire enfans espousast un jeune » homme : à part moy je ne puis croire que ce soit vray ma- » riage; car les liens de mariage n'y sont pas, au moins il » est malaisé qu'ils y soient. L'espoir de lignée n'y est pas; » l'amitié bien à peine y est-elle de la part du jeune homme, » et sera adventure s'il s'abtiendra d'aller chercher ses plai-

(1) Art. 102.

(2) T. VIII, art. 8.

(3) *Des donations*, art. 12.

(4) Ferrière sur Paris, art. 282, glose 1, n° 15.

(5) Sur Nivernais, *loc. cit.*

» sirs ailleurs, car il sera facilement et bientost las de la
» vieille. Les lois romaines Papie et Julie défendaient les ma-
» riages de la femme aagée de cinquante ans à homme moins
» jeune de soixante, et bien que l'on reputast telle conjonc-
» tion d'une vieille à un jeune homme estre mariage, si est ce
» que la cause de donner par elle vieille au jeune homme
» n'est pas honneste, car c'est achepter par elle à prix d'argent
» son fol plaisir, qui de tant plus est mal séant.... Pourquoy
» j'estime telles donations estre nulles comme deshonnestes,
» et de tant plus deshonnestes, pour ce que l'on y fait ser-
» vir de prétexte le mariage, qui de soy est très saint et très
» honneste, et en ce je voudroy me servir de ce qui est dit
» audit § *Si tibi nupsero* qui dit que telles donations en fa-
» veur de mariage doivent estre jugées *ex causa*, et pour le
» tirer aussi en argument pour juger les donations que les
» deux mariés se font en traicté de mariage, et sur cette con-
» sidération, selon mon advis, sont fondéz les arrêts donnez
» par la cour qui réprouvent les donations et advantages
» que les futurs mariés se font l'un à l'autre clandestinement
» hors le contract de mariage, mesme quand le contract a
» esté passé solennellement avec les parens et que ces futurs
» mariez sont jeunes personnes, auxquels l'amour com-
» mande plus que la raison. »

Ces observations sont excellentes; mais le juge n'est pas toujours maître d'en faire une application autorisée par les circonstances. En effet on rencontre des cas où il est imprudent de permettre à des héritiers de lever le voile qui cache certaines faiblesses. Et il est plus utile de tolérer un mariage sans convenance que de pousser à des désordres sans excuse. Ferrière cite un arrêt du parlement de Paris, d'août 1614, qui valida une donation de tous biens faite au survivant par deux futurs époux, l'un âgé de 40 ans, l'autre de 80 ans. La femme qui avait ce grand âge se mariait pour la cin-

quième fois (1). On ne peut rien citer de plus fort. Je voudrais pourtant mieux connaître les faits de cette singulière espèce.

2521. Quoi qu'il en soit, le Code Napoléon a, comme de raison, préféré aux coutumes restrictives celles qui favorisaient la liberté des époux. Il n'exige ni la réciprocité des avantages, ni la conservation des biens patrimoniaux dans les familles.

Il suppose que les époux recevront de sages conseils de leur famille, et que, capables de la plus solennelle et la plus grave des unions, ils apporteront dans leurs pactes matrimoniaux la maturité de jugement nécessaire. Le mariage est un acte si sage en général, qu'il fait supposer la sagesse dans les conventions qui le préparent. On peut sans doute citer des actes d'irréflexion; mais ce sont des exceptions, et elles confirment la règle.

Cette liberté étant donc assurée aux futurs, ils peuvent en user, en variant, suivant leur intérêt, les clauses de leur contrat. Très-souvent les époux se font des donations réciproques. Car le bienfait appelle le bienfait, surtout entre personnes qui vont unir leurs destinées.

2522. Ces donations réciproques sont de vraies donations et nullement des espèces d'échange ou des actes à titre onéreux. On s'étonne que ce point ait fait difficulté et que la doctrine des auteurs anciens, avant l'ordonnance de 1731, ait eu une tendance à voir en elles le caractère du contrat *do ut des*. Tiraqueau (2) établit qu'une donation réciproque est à titre onéreux et que la révocation pour survenance d'enfants n'y doit pas avoir lieu. Dumoulin, sur l'art. 169 de la

(1) Ferrière sur Paris, art. 282, glose 1, n° 7.

(2) Com. in L. *Si unquam*. C. *De revocandis donat.* (L. 8, C. liv. 8, tit. 56), sur les mots *donatione largitus*.

Cout. de Blois qui disposait : « En donation faite entre-vifs » donner et retenir ne vaut, » met en note : *nisi mutua quæ proprie donatio non est.* Ricard décide également que la réciprocité des avantages leur enlève le caractère de gratuité, et que par conséquent ils ne sont pas sujets à retranchement pour compléter la légitime (1). Enfin, un arrêt du parlement de Paris du 28 avril 1640 avait jugé que la loi *Si unquam* ne devait pas faire tomber les donations réciproques, parce qu'elles n'avaient pas une cause purement lucrative (2). Mais cette jurisprudence fut changée par l'ordonnance sur les donations, dont l'art. 39 soumit à la révocation pour survenance d'enfants les donations, encore qu'elles fussent mutuelles. Il est vrai que Furgole (3) avance que, bien que les donations mutuelles ne soient pas exceptées de la révocation, elles sont cependant considérées en quelque façon comme un contrat onéreux. Mais Pothier (4), après avoir présenté la raison de douter tirée de ce que chacun des conjoints par ce contrat reçoit de l'autre autant qu'il lui donne, conclut en ces termes : « On doit décider que le don mutuel entre mari » et femme renferme de véritables donations mutuelles et ré- » ciproques que chacun des conjoints fait à l'autre en cas » de survie. Ces donations ne sont à la vérité ni si pures, ni si » parfaites que l'est une donation pure et simple ; mais elles » ne laissent pas d'être de véritables donations (5). » Et, en effet, il est contraire à toutes les notions du vrai de voir un acte de commerce et une sorte de spéculation dans des mar-

(1) *Don mutuel*, ch. 1, nos 5, 6, 7.

(2) Sœfve, t. I, cent. 4, ch. 55.

(3) Sur cet art. 39.

(4) *Donat. entre mari et femme*, n° 129.

(5) *Junge* Ferrière sur Paris, art. 280, glose 2, no 1. Cassat., 21 floréal an x (Devill. 1, 1, p. 640 ; *Palais*, t. II, p. 574). Merlin, Quest. de droit, vo *Légitime*, § 4.

ques d'affection mutuelle, dans des conventions empreintes du sceau de l'amitié et de la prévoyance de l'avenir. Il ne faut pas rabaisser à un calcul d'intérêt, semblable à un échange ou à une vente, des pactes dont le caractère est de soi méritoire et honorable.

2523. Il sort de là une conséquence importante : c'est que les gains que les époux s'assurent réciproquement par leur contrat sont réductibles dans la mesure de la quotité disponible. La loi, qui respecte les contrats à titre onéreux et les rend préférables à la cause des enfants, n'a pas de tels égards pour ces donations, qui, malgré la réciprocité, ont un vrai caractère de libéralité (1).

2524. Du reste, une donation faite en contrat de mariage par les futurs époux pourrait être cassée, si l'un des époux avait déterminé l'autre à lui faire des avantages en considération d'une libéralité réciproque en apparence, mais imaginaire en réalité et fondée sur des espérances chimériques et dolosives (2). Sans doute ce n'est pas un échange que les futurs ont voulu faire; mais les convenances ont pu déterminer le donateur sérieux à se montrer généreux envers le donateur frauduleux dont il voulait reconnaître les sentiments apparents. Il ne faut pas d'ailleurs que la fraude profite à son auteur.

2525. Du reste, la donation par contrat de mariage de

(1) Toulouse, 21 déc. 1821 (Devill. 6, 2, 507; J. *Palais*, t. XVI, p. 1036).

On invoque ordinairement dans le même sens un arrêt de la cour de cassat. du 24 mai 1808 (Devill., 2, 1, 533, *Palais*, t. VI, p. 702) et de la cour de Bruxelles du 22 juillet 1810 (Devill., 3, 2, 310; *Palais*, t. VIII, p. 476). Mais dans les espèces de ces arrêts les parties avaient elles-mêmes ordonné par leur contrat de mariage la réduction à la quotité disponible, en cas d'existence d'enfants, des avantages qu'ils s'étaient faits réciproquement.

(2) Bacquet, *Droits de justice*, ch. 21, n° 327. Ferrière, sur Paris, art. 272, glose 1, n° 17. L. *Nulla*, C. *De jure dotium*.

futur à futur est susceptible de toutes les conditions. On y admet les exceptions au droit commun que la loi tolère dans les donations faites aux futurs époux par des tiers (1). Elle a même un privilége de plus, celui d'être révocable pour survenance d'enfants (2). On ne considère pas si l'un des futurs a de grands biens et si l'autre en a peu ou point; si l'un donne beaucoup et l'autre ne donne rien (3). Le but est le mariage, chose sacrée qui légitime ce qui ailleurs choquerait les vrais principes.

Cependant, le contrat de mariage ne doit pas se prêter, dans les mains d'un mauvais débiteur, à dépouiller ses créanciers du gage qui doit assurer leur remboursement. Ceux-ci peuvent l'attaquer, quand il est fait en fraude de leurs droits, bien que le futur donataire ait été de bonne foi (4). Cette règle est si raisonnable et si juste qu'elle s'applique aux gains de survie, malgré leur incertitude, lorsque le donateur a prévu que la donation ne pourrait s'exécuter qu'au détriment de ses créanciers. Seulement les créanciers n'agiront en ce cas qu'après la mort de leur débiteur et si l'epoux donataire survit. Jusque-là ils n'éprouvent pas de préjudice (5).

2526. La liberté dont jouissent les parties de se faire dans les contrats de mariage toutes les libéralités qu'elles jugent à propos, reçoit une restriction importante, lorsque le mari

(1) Art. 1093, *infra*, n° 2538.

(2) Art. 1096, *infra*, n° 2676. Furgole, *Quest. sur les donat.*, p. 49, n°s 4 et 5. Art. 39 de l'ordonn. de 1731.

(3) Ferrière, *loc. cit.*, n° 8.

(4) V. mon comm. du *Contrat de mariage*, t. I, n° 131.

(5) Paris, 11 juillet 1829 (Devill., 9, 2, 299; Dalloz, 30, 2, 180; *Palais*, t. XXII, p. 1231). Rejet, 2 janvier 1843 (Devill., 43, 1, 114; Dalloz, 43, 1, 1; *Palais*, 43, 1, 312). Pothier, *Donat. entre mari et femme*, n° 130. Nouveau Denizart, v° *Donat. mut.*, § 1. Toullier, t. V. n° 306. Championnière et Rigaud, *Droits d'enreg.*, t. III, n° 2254.

est commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou que, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, il devient commerçant dans l'année qui suit cette célébration, et qu'ensuite il est déclaré en faillite. Dans cette hypothèse, en effet, aux termes de l'art. 564 du Code de commerce, la femme ne peut exercer dans la faillite aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage, et les créanciers ne peuvent, de leur côté, se prévaloir des avantages faits par la femme au mari dans ce même contrat.

ARTICLE 1092.

Toute donation entre-vifs de biens présents, faite entre époux par contrat de mariage, ne sera point censée faite sous la condition de survie du donataire, si cette condition n'est formellement exprimée ; et elle sera soumise à toutes les règles et formes ci-dessus prescrites pour ces sortes de donations.

SOMMAIRE.

2527. De la donation de biens présents entre futurs époux.
2528. Elle n'est pas révocable pour survenance d'enfants.
2529. Elle n'est pas résolue par le prédécès du donataire. La condition de survie peut y être ajoutée.
2530. Quelquefois cette condition s'induit des circonstances.
2531. La condition de survie est suspensive ou résolutoire.
2532. La condition suspensive de survie ne fait pas de la donation entre-vifs de biens présents une disposition à cause de mort.
2533. Conséquence. — Rétroactivité de la condition accomplie.
2534. De la nécessité de la transcription.
2535. Du défaut de transcription relativement à la femme et de son recours hypothécaire.
2536. La condition de survie est réputée accomplie quand le donataire est tué par le donateur.

COMMENTAIRE.

2527. La donation de biens présents faite entre futurs époux par contrat de mariage, est soumise à toutes les règles qui gouvernent ce genre de donations, de même que la donation de biens présents faite aux époux par des tiers. De toutes ces règles une des plus essentielles est l'irrévocabilité. Le mariage en vue duquel elle est faite étant indissoluble, la donation entre futurs époux qui le prépare ne doit pas dépendre de la volonté ambulatoire du donateur. Tout ce qui est convenu dans les contrats de mariage vaut irrévocablement (1).

2528. L'irrévocabilité y a même cette conséquence, que la donation entre futurs n'est pas révocable pour survenance d'enfants, ainsi que nous l'avons vu par l'art. 960 du Code Napoléon.

2529. Un autre corollaire de l'irrévocabilité de pareille donation, c'est qu'elle n'est pas révoquée par le prédécès du donataire; notre article le décide ainsi, et par là il fait cesser d'anciennes controverses; les uns voulant que les donations même de biens présents entre futurs époux fussent censées faites sous une tacite condition de survie, parce qu'on n'y considère que la personne du donataire (2); d'autres au contraire pensant que cette condition devait être exprimée, sinon, que la donation était pure et simple (3). Notre législateur a préféré le second système; il

(1) Loi des Ripuaires, t. XXXVII. Furgole. q. 49, sur les *Donations*.

(2) Maynard, liv. 4, ch. 56, n° 14; Expilly, ch. 178; Béchet, *Droit de réversion*, ch. 15; Belordeau, *Observations forenses*, liv. 3, p. 5, art. 1; Furgole, sur les *Donations*, quest. 49.

(3) Dumoulin, *De donat. in contr. matr. fac.*, n°s 13 et 14. Soefve, t. I, cent. 3, ch. 40. Ricard, part. 3, n°s 819 et suiv. Nîmes, 17 prairial an XII (Devill., 1, 2, 199; *Palais*, t. IV, p. 36).

ne présume pas que la donation faite de futur à futur ne soit qu'un simple gain de survie. Il la considère avec raison comme un acte irrévocable qui ne doit pas perdre une de ses vertus parce qu'il est inséré dans un contrat de mariage.

Il n'en est autrement que lorsque la volonté de subordonner la donation à la survie du donataire est claire et positive.

Pourtant, la loi n'impose pas à cet égard des termes sacramentels : il suffit que la volonté ressorte manifestement de la convention.

Le tribunal de cassation (1) avait même pensé que la condition de survie devait s'induire de la circonstance que les donations étaient réciproques entre époux, fussent-elles inégales. Son motif était que, « si les donations entre époux » n'étaient pas censées faites sous condition de survie, il » s'ensuivrait un échange absolu de propriété tel, que les » biens du mari passeraient de droit aux héritiers de la » femme et ceux de la femme aux héritiers du mari. » Lorsqu'il y a réciprocité, il est évident que l'intention des » parties a été que celui des époux qui survivrait, resterait » seul propriétaire tant de son patrimoine que du patri- » moine du prédécédé. »

Il proposait, en conséquence, d'ajouter au projet d'article un amendement ainsi conçu :

« Il en est autrement s'il y a donation réciproque entre » les époux, quand même elle serait inégale; en ce cas le » survivant seul profite du don. »

Notre article n'a pas fait passer cet amendement dans la loi. Il est donc difficile d'admettre que la réciprocité suffise à elle seule pour sous-entendre dans la donation la condition de survie. Mais quand d'autres circonstances lui viennent en aide, elle doit avoir du poids aux yeux des magistrats.

(1) Fenet, t. II, p. 711.

2530. Il y a du reste des cas où la donation porte virtuellement et en elle-même la preuve de la condition de survie. Telle serait la donation faite par le futur à sa future d'un droit d'habitation (1), d'une rente pour aliments, etc., etc. On rentrerait ici dans la classe des gains de survie.

2531. Quand la condition de survie est stipulée, elle peut affecter la donation de deux manières différentes, suivant qu'elle est imposée comme condition suspensive ou comme condition résolutoire. Le caractère de la condition dépend de la volonté des parties, et doit être jugé par l'interprétation de leur intention. Il est rare que la condition de survie ne suspende pas la donation. Par exemple, le futur donne à sa femme 10,000 fr. pour habits, bagues et joyaux, si elle lui survit. Cette disposition est suspendue jusqu'à l'événement de la condition. Il en est de même du cas où la future donne à son mari les biens qu'elle apporte en dot, si ce dernier lui survit. On pourrait multiplier les exemples, et l'on arriverait à la même conséquence.

Cependant, il n'est pas impossible que le donateur, en donnant actuellement, se réserve un droit de retour, en cas de prédécès du donataire; ce n'est plus alors une condition suspensive qui affecte la donation : c'est une condition résolutoire.

Quand la condition est suspensive, le donateur conserve la propriété jusqu'à sa mort. Quand elle est résolutoire, le donateur rentre dans cette propriété après la mort du donataire. Dans le premier cas, c'est aux ayants cause du donataire à prouver que celui-ci a survécu; le doute s'interprète contre eux. Dans le second cas, c'est aux ayants cause du donateur à prouver le prédécès du donataire; s'ils n'y réussissent pas, les biens passent aux héritiers du donataire. La

(1) Metz, 22 mai 1817 (Devill., 5, 2, 281; *Palais*, t. XIV, p. 241).

preuve est ordinairement difficile, lorsque les deux parties sont mortes dans un même événement. On sait qu'on n'applique pas ici les présomptions légales de survie édictées dans les art. 720 et suiv. du Code Napoléon, pour le cas tout différent de la succession *ab intestat* (1).

2532. La libéralité, suspendue jusqu'à ce que le donataire survive, n'en est pas moins une donation entre-vifs de biens présents. La condition de survie, comme toute autre, a un effet rétroactif quand elle est accomplie, et fait considérer le donateur comme dépouillé et le donataire comme investi du droit dès le jour du contrat. La donation a donc un effet actuel et présent (2). Ceci est important à remarquer. De ce que les donations de biens à venir ne s'exécutent qu'en cas de survie du bénéficiaire au disposant, on est entraîné à conclure qu'une donation de biens présents, sous condition suspensive de survie, tient de la nature des donations à cause de mort (3), qu'elle est une donation éventuelle comme la première; mais c'est une confusion facile à dissiper. Dans la donation de biens présents, la survie du donataire est ajoutée comme une condition accidentelle. Dans la donation de biens à venir, la survie de celui qui recueille est essentielle à l'ouverture de son droit, qui est un véritable droit de succession (4).

2533. Cette distinction est féconde en conséquences. La condition de survie dans une donation de biens présents, dès qu'elle est réalisée, rétroagit et fait considérer le donataire comme ayant été propriétaire du jour du contrat. Le donataire n'est sans doute pas encore propriétaire; mais il peut espérer qu'il le deviendra, et il peut faire des actes con-

(1) V. *supra*, n° 2124.

(2) Lyon, 13 juillet 183 (Devill., 32, 2, 173).

(3) Arg. de ce que dit Furgole, quest. 49, n° 33.

(4) Ricard, des *Donations*, 1re partie, nos 1045, 1046.

servatoires de son droit. C'est pourquoi la cour de Metz (1) a très-bien décidé qu'un droit d'habitation donné sur une maison, sous condition de survie, par un futur à sa future dans leur contrat de mariage, fait obstacle à ce que le mari vende ou à ce que les créanciers saisissent la maison, si ce n'est sous la réserve du droit d'habitation.

Il y a plus, et, la condition se réalisant, l'époux donataire pourra revendiquer, entre les mains des tiers, les immeubles donnés que le donateur aurait aliénés.

2534. Mais remarquons ici que, pour que cette revendication réussisse, il faut que la donation ait été transcrite avant l'aliénation nouvelle.

Sous l'empire de l'art. 20 de l'ordonnance de 1731 et des lettres patentes du 13 juillet 1769, les donations de biens presents seules, et non les institutions contractuelles ou donations de biens à venir, étaient assujetties à l'insinuation pour être valables à l'égard des tiers (2). Les donations de biens présents entre futurs époux devaient également être insinuées (3), lors même qu'elles contenaient condition de survie (4). Ce qui a jeté de l'obscurité sur cette proposition, c'est que l'augment, le douaire, les gains nuptiaux stipulés par contrat de mariage conformément à l'usage, étaient affranchis de la nécessité de l'insinuation. Mais rappelons que ces gains de survie étaient, non de pures libéralités,

(1) Arrêt du 22 mai 1717 déjà cité.

(2) Lebrun, *des Successions*, liv. 3, ch. 2, n° 16. Furgole sur les art. 20, 21 de l'ordonn. de 1731. Rejet, 25 ventôse an XI (Dall., VI, p. 233; *Palais*, 3, p. 200). Rej. 8 vendém. an XIV (Dall., VI, p. 233; *Palais*, t. V, p. 2).

(3) Louët, lettre D, somm. 55 et lettre I, somm. 1, n° 3. Argou, t. II, p. 164.

(4) Furgole sur l'art. 21 de l'ordonn. de 1731, sur ces mots : « dans les pays où ils sont en usage ». De Catellan, liv. 5, ch. 9. Bergier sur Ricard, t. I, p. 285 et 286, note *a*. Merlin, Rép., v° *Donation*, sect. VI, § 2. Poitiers, 16 avril 1834 (Devill., 40, 1, 217; Dalloz, 40, 1, 154; *Palais*, 1, 40, 389).

mais en quelque sorte l'exécution d'une dette naturelle d'aliments entre époux.

Sous le Code Napoléon, la transcription qui a remplacé l'insinuation est nécessaire non-seulement pour les donations pures et simples d'immeubles entre futurs époux, ce qui n'est pas contestable (1), mais encore pour les donations d'immeubles présents sous condition de survie (2).

2535. Mais la position des deux époux n'est pas égale en ce qui concerne l'accomplissement de cette formalité. Le mari a tout pouvoir pour faire transcrire en temps utile la donation qui lui est faite par sa future. Celle-ci, au contraire, peut n'être pas en état de se mettre en règle; le mariage, qui ordinairement suit de très-près le contrat, la soumet à la puissance maritale, et si le mari donateur ne fait pas transcrire; elle souffre d'une négligence qui n'est pas la sienne. C'est pourquoi Argou enseignait qu'il fallait accorder à la femme quatre mois après la dissolution du mariage par le prédécès du mari, pour faire insinuer sa donation (3). Aujourd'hui, il n'est pas possible d'admettre ce tempérament; mais il reste la ressource de l'hypothèque légale à la femme lésée par le défaut de transcription.

Nous avons supposé une donation d'immeubles. La transcription n'est aujourd'hui prescrite que relativement aux biens susceptibles d'hypothèques.

2536. Lorsque la condition de survie du donataire est insérée dans un contrat de mariage, cette condition est, conformément à l'art. 1178 du Code Napoléon, réputée accomplie quand le donateur en a empêché l'accomplissement;

(1) MM. Duranton, t. IX, n° 688; Zachariæ, 2, 2, § 264, note 24. Cassat. 4 janvier 1830 (Devill., 9, 1, 420). Douai, 16 février 1846 (Devill., 46, 2, 319; Dalloz, 46, 2, 227; *Palais*, 46, 1, 575).

(2) M. Coin-Delisle sur l'art. 1092, n° 8.

(3) T. II, p. 164, *in fine*.

la jurisprudence offre de tristes exemples de ce cas. Les arrêts ont toujours décidé que le crime du donateur qui met fin à la vie de l'époux donataire ne peut lui profiter, et le gain de survie a été déclaré acquis aux héritiers de l'époux prématurément prédécédé (1).

Article 1093.

La donation de biens à venir, ou de biens présents et à venir, faite entre époux par contrat de mariage, soit simple, soit réciproque, sera soumise aux règles établies par le chapitre précédent, à l'égard des donations pareilles qui leur seront faites par un tiers, sauf qu'elle ne sera point transmissible aux enfants issus du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur.

SOMMAIRE.

2537. Les futurs époux peuvent se faire don de leurs successions. Conciliation de notre article avec l'art. 1389.

2538. Les institutions contractuelles et donations universelles que se font les époux ne sont pas transmissibles aux enfants du mariage.

2539. Elles ne peuvent même pas être faites expressément au profit de ces enfants.

2540. Dans la donation cumulative, les biens présents eux-mêmes ne passent pas aux enfants du donataire prédécédé.

2541. La donation de biens présents sous des conditions potestatives ne profite pas non plus à ces enfants.

(1) Caen, 13 décembre 1816. Le pourvoi a été rejeté le 5 mai 1818 (Devill., 5, 1, 474; Dalloz, 6, 236; *Palais*, 20, p. 368). Rouen, 8 mars 1838 (Dev., 38, 2. 236; *Palais*, 38, 2, 519). *Junge* Zachariæ, t. V, p. 543, note 3.

2542. De la donation de biens à venir entre époux. — Droits du donateur.
2543. De l'institution contractuelle.
2544. De la donation de biens présents et à venir.—De l'hypothèque légale de la femme donataire.
2545. De la donation d'une somme à prendre en cas de survie.
2546. De la renonciation anticipée aux gains de survie entre époux sur des biens à venir.
2547. De la renonciation que ferait la femme donataire.
2548. Du cas où la renonciation serait au profit des enfants communs.
2549. Du cas où la disposition portant sur les biens à venir est à titre particulier.
2550. De la renonciation aux gains de survie sur des biens présents.
2551. Du cas où c'est la femme donataire qui renonce.
2552. De la renonciation aux donations de biens présents sous des conditions potestatives.

COMMENTAIRE.

2557. D'après cet article, les époux peuvent, dans leur contrat de mariage, se faire des donations de leurs biens à venir, par exemple des acquêts qu'ils feront pendant leur mariage; ils peuvent s'instituer héritiers contractuels ou donataires de leurs biens présents et à venir. Il n'y a aucune contradiction entre notre article et l'art. 1389 au titre du contrat de mariage qui défend aux époux de faire « aucune » convention on renonciation dont l'objet serait de changer » l'ordre légal des successions. » Car l'art. 1389 précise et restreint la portée de sa prohibition en ajoutant ; « soit par » rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs enfants » ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux. » Le législateur n'interdit donc pas aux époux de s'appeler à la succession l'un de l'autre par une clause de leur contrat de mariage; et il indique lui-même cette conciliation de nos

articles par ces derniers mots de l'art. 1389, « sans préjudice des donations entre-vifs ou testamentaires qui pourront avoir lieu selon les formes et dans les cas déterminés par le présent Code. »

2538. Tous les développements que nous avons donnés sous les art. 1082 et suivants, trouvent ici leur application. Une seule modification est à faire. Elle consiste en ce que la donation de biens à venir et celle de biens présents et à venir ne sont pas transmissibles aux enfants du donataire si ce donataire décède avant le donateur. La raison en est que le donateur n'est présumé avoir voulu gratifier que son conjoint, et non les enfants de son conjoint qui sont aussi les siens, puisque ces mêmes enfants doivent trouver dans sa propre succession les biens qui lui restent par le prédécès de son conjoint (1).

2539. On s'est demandé si les donations entre époux de biens à venir et de biens présents et à venir peuvent être faites expressément et subsidiairement au profit des enfants à naître du mariage.

Quoique la loi ne s'explique pas ici d'une manière topique sur ce pacte, nous croyons qu'il est dans sa pensée de ne pas l'autoriser. D'une part, il est de principe général qu'on ne peut disposer au profit de celui qui n'existe pas encore (2). De l'autre, l'art. 1093 semble plutôt écarter de la matière que favoriser les exceptions apportées à ce principe par les art. 1048, 1081 et 1082 du Code. Enfin, il est d'un mauvais calcul pour la puissance paternelle de se dépouiller par avance en faveur des enfants à naître; c'est s'enlever un droit domestique utile à la famille; c'est se lier les mains pour l'avenir et s'interdire aveuglément les combinaisons

(1) Grenier, n° 448. *Infra*, n° 2738.
(2) Art. 906, C. N.

propres à maintenir l'ordre et la discipline entre les enfants (1).

Ce sont là, au surplus, des questions d'école. On peut s'en rapporter au bon sens des futurs pour ne pas les rencontrer dans la pratique.

2540. M. Delvincourt (2) pense que si un époux a fait à son conjoint une donation de biens présents et à venir, elle sera, quant aux biens présents, transmissible aux enfants. C'est une erreur qui est la conséquence naturelle de l'opinion embrassée par cet auteur sur la donation de biens présents et à venir. Il la regardait comme se composant de deux donations distinctes et juxtaposées, l'une de biens présents, l'autre de biens à venir (3).

Mais la donation de biens présents et à venir est unique jusqu'au décès du donateur; ce n'est qu'à ce moment qu'elle le dessaisit pour faire passer la chose donnée entre les mains du donataire (4). Si donc le donataire meurt avant le donateur, il n'a rien à transmettre à ses enfants, et ceux-ci, qui ne trouvent rien dans sa succession, n'ont de leur chef aucun droit pour recueillir la donation à cause de l'article 1093 (5).

2541. Lorsqu'une personne en se mariant donne des biens présents à son époux en se réservant la faculté de disposer de tout ou partie des biens par elle donnés, une semblable donation est-elle transmissible aux enfants en cas de prédécès du donataire? Si la donation portait sur des biens à venir dont le donateur se serait réservé la faculté de disposer,

(1) M. Delvincourt, t. II, p. 448. M. Coin-Delisle sur le même article, n° 4. *Contra*, M. Duranton, t. IX, n° 759. M. Zachariæ, t. V, p. 540.

(2) T. II, p. 447.

(3) T. II, p. 110.

(4) *Supra*, n°s 2391, 2398, 2400, etc.

(5) MM. Duranton, t. IX, n° 760. Vazeille sur l'art. 1093, n° 3.

même à titre gratuit, il serait certain que le prédécès du donataire entraînerait la caducité de la disposition et que les enfants n'auraient aucun droit de leur chef. Mais la décision doit-elle être la même si la donation a pour objet des biens présents? Cette question dépend de celle de savoir si la caducité prononcée par l'art. 1089 s'applique aux donations de biens présents faites sous des conditions potestatives conformément à l'art. 1086. Nous l'avons résolue pour l'affirmative au n° 2483; il faudra donc décider qu'en cas de prédécès du donateur, ces donations ne profitent pas aux enfants du mariage (1).

2542. Il serait inutile de rappeler ici toutes les règles des donations de biens à venir ou de biens présents et à venir. Insistons seulement sur quelques-unes qui ont attiré l'attention de la jurisprudence.

La donation de biens à venir, par exemple la donation des acquêts qui seront faits pendant le mariage, et des biens que le donateur recueillera dans la succession de ses père et mère, n'est pas seulement suspendue par une condition. Elle est éventuelle jusqu'à la mort du donateur, qui ouvre le droit du donataire sans rétroactivité, et celui-ci doit respecter les aliénations à titre onéreux et les constitutions d'hypothèques ou de servitudes faites par le donateur; c'est pour cela que la transcription n'y est pas exigée. La femme donataire n'a donc pas d'indemnité à exiger de son mari, qui a usé de son droit en disposant des biens à titre onéreux : elle ne pourrait pas, par exemple, demander à être remboursée sur les valeurs mobilières de l'avantage qui lui avait été assuré sur les immeubles à venir et que son mari a rendu inutile et caduc en les aliénant (2). Elle ne pour-

(1) MM. Grenier, n° 446, Delvincourt, t. II, p. 447. Duranton, t. IX, n° 758. *Contra*, M. Coin-Delisle sur l'art. 1092, n° 9.

(2) Cass., 23 mars 1841. Devill., 41, 1. 298. Dalloz, 41, 1, 195.

rait pas non plus recourir à son hypothèque légale pour nuire aux tiers qui ont légalement traité avec le mari.

Mais il est interdit au donateur de diminuer, par des aliénations gratuites, le don par lui fait sur ses biens à venir. Le donataire pourra donc revendiquer les biens contre les tiers donataires eux-mêmes (1).

2543. Tout ceci s'applique à l'institution contractuelle dans tous les biens que le donateur laissera à son décès. Il est inutile d'insister sur cette vérité; l'hypothèque de la femme ne saurait empêcher le mari d'user du bénéfice du droit commun; elle ne saurait altérer la nature de l'institution contractuelle (2).

2544. Supposons, maintenant, une donation de biens présents et à venir faite entre futurs époux par contrat de mariage, par exemple, une donation mutuelle de l'usufruit de tous les biens présents et à venir au profit du survivant.

Ici, de deux choses, l'une.

Ou l'état des dettes prescrit par l'art. 1084 n'a pas été annexé à la donation, ou il y a été annexé.

S'il n'y a pas été annexé, la donation prend la couleur d'une institution contractuelle, et le mari peut user de son droit d'aliénation à titre onéreux, sans que l'hypothèque légale de la femme puisse s'entremettre pour l'en empêcher.

Ou l'état des dettes a été annexé, et comme alors le donataire a un droit d'option pour les biens présents, comme il est créancier conditionnel à raison de ces biens présents, il s'ensuit que la femme aura, dans son hypothèque légale, un moyen particulier de faire rentrer, si le moment arrive, les biens présents aliénés, et cette hypothèque aura rang à partir de son contrat de mariage (3).

(1) Cass., 9 août 1840 (Devill., 1840, 1, 849).

(2) V. une note très-bien faite dans le recueil de M. Devill., 4, 2, 231.

(3) Arg. d'un arrêt de Grenoble, 12 janvier 1813, rendu sur un contrat de

2545. Assez souvent la donation consiste en une somme à prendre, en cas de survie, soit sur les propriétés du futur, soit en argent, au choix de la future. Une telle donation est éventuelle, puisqu'elle dépend de la condition de survie. De plus, elle ne peut s'exercer que sur les biens qui existeront au décès du mari. La femme ne peut donc empêcher le mari de disposer des immeubles à titre onéreux ou de les hypothéquer. Mais son hypothèque légale lui reste pour se faire payer sur la rémanence des immeubles (1). S'il n'y en a pas, elle peut prendre son don sur la valeur de la succession.

2546. Nous avons examiné ci-dessus la question de savoir s'il est permis de renoncer, avant la mort du donateur, à l'institution contractuelle et à la donation de biens présents et à venir (2). La négative, qui est une des règles de la matière, est applicable aux donations entre futurs époux (3).

Ceci n'est pas contraire à ce que nous avons enseigné dans notre Commentaire de la *Vente*, à savoir qu'on peut disposer d'un gain de survie avant son ouverture (4). Quand nous avons avancé cette proposition, nous n'avons parlé que des gains de survie qui n'ont pas un caractère successif, des gains de survie, disons-nous, dont on dispose en qualité de créancier et non en qualité d'héritier. Nous y réviendrons tout à l'heure (5). Mais ici nous ne nous préoccupons que des gains de survie qui ont pour but de faire un héritier ou

mariage passé sous l'ordonn. de 1731. (Devill., 4, 2, 231). Voyez la note de l'arrêtiste; elle mérite d'être remarquée.

(1) Cass., req., 4 février 1835. (Devill., 35, 1, 507).

(2) Nos 2355 et 2431.

(3) *Contra*, Bourges, 29 août 1832. (Devill., 34, 2, 54.) Un mari institué contractuel par sa femme, avait approuvé une donation et une institution contractuelle que cette dernière avait faites pour l'établissement de sa petite-fille. Ayant voulu faire tomber ces dispositions, il fut déclaré non recevable, parce qu'il avait approuvé la donation qui lui préjudiciait.

(4) N° 250.

(5) N° 2550.

un donataire qui est *loco hæridis*. Or, l'époux qui, avant l'ouverture de la donation, disposerait du droit qu'elle lui confère, stipulerait sur un droit successif et violerait les articles 791 et 1130 du Code Napoléon.

Ainsi, deux futurs époux se font, par contrat de mariage, donation mutuelle de l'usufruit de tous les biens qu'ils laisseront à leur décès. Plus tard le mari veut ériger un majorat en sa faveur et au profit de sa descendance mâle, et il obtient de sa femme qu'elle renonce à son droit éventuel sur une terre comprise dans la donation. Cette renonciation est un pacte sur une succession future, et ne peut se soutenir en présence des articles 791 et 1130 du Code Napoléon (1).

De même, les futurs s'étant fait donation de l'usufruit des biens que le prémourant laissera à son décès, si l'époux donne à ses neveux et nièces la nue propriété et si l'épouse intervient à l'acte pour renoncer en leur faveur à son usufruit moyennant une rente viagère, cette renonciation est nulle, parce qu'elle a le caractère d'une stipulation sur une succession non ouverte (2).

2547. Remarquons même que lorsque c'est la femme qui renonce, il y a une raison de plus, qui bien souvent vient ébranler la force de la renonciation; elle se tire de l'influence du mari, qui peut se servir de son pouvoir pour obtenir d'elle des concessions et arriver par son influence à modifier après coup les clauses du contrat de mariage (3). Il ne faut pas que le mari trouble, par des exigences irrésistibles pour une épouse soumise, les pactes matrimoniaux et dérange l'équilibre que ces pactes ont apporté dans la

(1) Orléans, 4 août 1849 (Devil. 50, 2, 202). Le pourvoi a été rejeté par arrêt de la chambre civile de la cour de cassation du 12 janvier 1853 (Devill., 53, 1, 71; *Palais*, 53, t. I, p. 129).

(2) Cassat., req., 10 août 1840 (Devill., 40, 1, 757. *Palais*, 40, II, 238).

(3) Arrêts cités dans les notes précédentes.

situation des époux (1). Ces considérations ont été développées dans un arrêt de la cour de cassation du 11 janvier 1853, où il paraissait qu'un sieur de Chanaleilles avait obtenu de sa femme une renonciation à sa donation pour l'établissement d'un de leurs enfants ; renonciation qui, dans l'espèce, n'était qu'un effet de l'autorité du mari, et, par suite, une atteinte à la fixité de leur contrat de mariage (2).

2548. Abstraction faite de cette circonstance aggravante et en supposant une renonciation qui serait toute spontanée, on peut se demander si l'un des époux donataire par contrat de mariage ne pourrait pas renoncer aux avantages nuptiaux dont nous nous occupons, au profit d'un de ses enfants et par le contrat de mariage de ce dernier.

Par exemple :

Primus institue sa future épouse dans l'usufruit de ses biens présents et à venir. Trois fils naissent du mariage, et lors de l'établissement de l'aîné, son père lui donne la moitié de ses biens présents et à venir en propriété, par contrat de mariage, et la mère, par le même acte, renonce en sa faveur à son usufruit sur ces mêmes biens. Dans cet état, la mère, survivant à son mari, pourra-t-elle contester la validité de cette renonciation ?

Un arrêt de la cour de cassation du 11 janvier 1853, que nous citions au numéro précédent, s'est prononcé pour l'affirmative :

« Attendu que la femme instituée par son contrat de ma-
» riage donataire en usufruit de la moitié des biens que son
» mari laissera à son décès, se trouve saisie par là d'un
» droit destiné à s'exercer sur la succession future du
» mari ;

(1) Mon *Contrat de mariage*, t. I, n° 202.
(2) Devill., 53, 1, 65. *Palais*, 53, t. I, p. 129. *Infra*, n° 2551.

» Attendu que si ce droit est contractuel par son origine,
» s'il est conditionnel et subordonné au cas de survie du
» donataire, s'il est incertain dans son émolument, puisqu'il
» pourra ne rester aucun bien dans la succession, ces divers
» caractères ne l'empêchent pas d'être, quant à ses effets,
» un véritable droit successif, ne pouvant s'exercer que sur
» une hérédité; d'où il suit qu'en annulant la renonciation
» de 1832, comme contraire aux lois qui défendent de re-
» noncer à une succession non ouverte, l'arrêt attaqué, loin
» de violer les art. 791 et 1130 du Code Nap., en a fait au
» contraire une juste application. »

Cette décision est très-juridique. Bien des considérations se présentent, cependant, à l'esprit pour élever la voix en faveur de la renonciation. La mère a obéi à un sentiment naturel; elle a voulu favoriser l'établissement de son fils; elle a disposé au profit de la personne la plus chère pour elle, et il s'en faut de beaucoup que ce soit là un de ces pactes odieux par lesquels on stipule sur la succession d'une personne vivante.

Il faut répondre, nonobstant ces raisons, qu'on ne saurait juger autrement. L'art. 701 est formel. Malgré la faveur dont jouissent les contrats de mariage, malgré la grande liberté des époux pour y faire entrer toutes sortes de conventions contraires au droit commun, il n'en est pas moins vrai que la loi ne pousse pas la condescendance jusqu'à permettre de les faire servir à un traité sur la succession d'une tierce personne vivante. « On ne peut, dit l'art. 791, même
» par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un
» homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut
» avoir à cette succession. »

Dans l'espèce posée, qu'avait fait la femme de Chanaleilles? Dans le contrat de mariage de son fils, elle avait renoncé aux droits successifs qu'elle avait dans l'hérédité de son

mari, et elle les avait aliénés avant leur ouverture, en faveur de ce fils. La contravention à l'art. 791 était flagrante.

A cette raison de droit ajoutez que la mère peut, par de telles renonciations, troubler la paix intérieure de la famille, exciter la jalousie des frères et engager son avenir avec une imprudence dont on la voit souvent se repentir (1).

Je n'ignore pas que la jurisprudence offre des exemples de ces renonciations *in favorem*. Si elles n'ont pas toujours été annulées, c'est qu'elles n'étaient pas attaquées pour violation de l'art. 791 (2).

2549. Tout ce que nous venons de dire s'applique aux dispositions qui, sans être universelles ou à titre universel, constituent cependant des donations à cause de mort, des espèces de legs faits par contrat.

Supposons que le mari ait donné à sa femme une somme à prendre sur ses biens à venir. C'est là une disposition analogue à un legs et que la femme ne pourrait ni aliéner, ni répudier du vivant de son mari. L'art. 791 s'applique manifestement ici.

M. Benech, qui est de notre avis pour le cas de renonciation pure et simple, croit que par contrat de mariage la femme, même du vivant de son mari, pourrait céder son droit à une personne déterminée (3). Je n'aperçois pas la raison de cette différence. L'art. 791 ne permet pas plus les pactes sur les legs faits par un homme vivant que sur la succession entière de cette même personne.

C'est en vain que M. Benech oppose que, d'après les art. 943 et 947 du Code Napoléon, on peut donner par con-

(1) Dans l'affaire Chanaleilles on voit que la mère avait, en effet, varié dans ses résolutions; elle avait abandonné la cause de son fils, puis, tiraillée probablement en sens contraire, elle était revenue à lui.

(2) Cassat., 18 avril 1812 (Devill., 4, 1, 79). *Supra*, nos 2355 et 2431.

(3) *De la quotité disponible entre époux*, p. 466.

trat de mariage des biens à venir. Je ne le nie pas; mais les biens à venir que ces articles ont en vue ne sauraient, d'après l'art. 791, être ceux qui font partie de la succession d'un homme vivant et dont on espère hériter à un titre plus ou moins restreint.

2550. Arrivons maintenant aux renonciations de gains de survie qui ne portent pas le caractère de droits successifs. Quand le gain de survie consiste en un bien présent, donné sous condition que le donateur prédécédera, ou en une créance à prendre sur les biens présents, après le décès du donateur, quand, en un mot, la donation porte sur un droit certain et irrévocable, quoique suspendu par la condition de survie, il y a alors tout simplement un créancier éventuel de la succession, mais non pas un héritier, et ce créancier peut disposer de son droit; il peut le vendre, le céder, le transporter, en faire l'objet d'une transaction (1). C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation du 16 juillet 1849 (2), qui rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'Agen du 12 mai 1848 (3). Dans cette espèce, le sieur Leyssès avait assuré à sa future épouse, par contrat de mariage, en cas de survie, la propriété du domaine de Baulac, avec stipulation que s'il y avait des enfants du mariage, le gain de survie serait réduit à l'usufruit de ce domaine. En 1822, Leyssès marie une de ses filles; il lui donne par préciput le tiers de tous ses biens présents et lui abandonne le domaine de Baulac en déduction de ce tiers. La mère intervient au contrat de mariage, et, pour faciliter l'établissement de sa fille, elle déclare renoncer à son usufruit éventuel, moyennant une somme annuelle de 800 fr., hypothéquée sur le domaine de la Pinière.

(1) Art. 1130, C. Nap. Mon comm. de la *Vente*, t. I, no 250.
(2) Devill., 50, 1, 380.
(3) Devill., 48, 2, 302. *Palais*, 48, t. II, p. 216.

Puis, en 1831, lors du mariage d'une seconde fille, la dame Leyssès renonce en faveur de celle-ci à sa pension de 800 fr. et à son hypothèque.

Le père étant mort en 1846, la dame Leyssès essaya de revenir sur ses renonciations ; mais elle échoua par la considération qu'elle n'était ni héritière ni successible de son mari et qu'elle n'avait à exercer que des droits à elle concédés comme créancière.

Cet arrêt n'est pas le seul. Ainsi, il a été jugé qu'une femme à qui son mari a assuré par son contrat de mariage une rente viagère en cas de survie, peut, en cas de séparation de biens, transiger avec son mari et des tiers sur ce gain de survie et y renoncer moyennant une somme fixe. Ce n'est pas un pacte sur une succession future, la femme n'étant pas héritière; c'est un créancier qui stipule sur un droit éventuel (1).

De même la cour de cassation a jugé qu'une épouse à qui son contrat de mariage assure une somme d'argent pour frais de deuil et de plus une rente viagère et alimentaire à titre de gain de survie, peut céder ces avantages aux créanciers de son mari, parce qu'elle ne fait que disposer d'une créance éventuelle (2).

2551. Cependant, il faudrait voir, d'après les faits, si la renonciation de la femme ne serait pas l'effet de l'influence maritale, et si, dès lors, elle ne serait pas une dérogation aux clauses du contrat de mariage. Par exemple, une femme a, sous condition de survie, un usufruit sur un domaine déterminé. Le mari, voulant vendre cet immeuble, porte sa femme à y renoncer. Un arrêt de la cour de Toulouse, du

(1) Cassat., 22 février 1831 (Devill., 31, 1, 107 ; Dalloz, 31, 1, 103).

(2) Cassat., ch. civ., rejet, 31 mai 1826 (Dalloz, 26, 1, 252 ; Devill., 8, 1, 350 ; *Palais*, XX, 527).

7 mars 1829, a décidé que cette renonciation était nulle et contenait une violation de l'art. 1395 du Code Nap. (1).

Si, au contraire, rien ne prouve que la femme a cédé à l'autorité maritale, si l'on voit dans sa renonciation un acte libre, spontané et déterminé par la seule affection maternelle, on décidera que l'épouse, loin d'avoir dérogé aux stipulations de son contrat de mariage et violé l'art. 1395, n'a fait qu'user de leur bénéfice; qu'elle les a même exécutées et que tout est légitime dans sa libéralité (2).

2552. Quant aux donations de biens présents, soumises à des conditions potestatives, elles sont susceptibles de renonciation et de cession avant la mort du donateur, tout aussi bien que les donations dont nous avons parlé au numéro 2550.

ARTICLE 1094.

L'époux pourra, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, pour le cas où il ne laisserait point d'enfants ni descendants, disposer en faveur de l'autre époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et, en outre, de l'usufruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers.

Et pour le cas où l'époux donateur laisserait des enfants ou descendants, il pourra donner à l'autre époux, ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement.

(1) Devill., 9, 2, 259. V. *Supra*, nº 2547.

(2) Cassat., 16 juillet 1849, req. (Devill., 50, 1, 380). Rejet du pourvoi contre l'arrêt d'Agen du 12 mai 1848 (Devill., 48, 2, 301, 302).

SOMMAIRE.

2553. De la quotité disponible spéciale au conjoint. — Motifs de sa détermination.
2554. Si la quotité est dépassée, il y a lieu à réduction et non à nullité.
2555. Du cas où le donateur n'a point d'héritiers réservataires.
2556. Du cas où le donateur laisse des ascendants pour héritiers.
2557. Un legs universel ou un don du disponible embrasse l'usufruit de la réserve, sans clause expresse et spéciale.
2558. Suite.
2559. Du cas où le donateur laisse des descendants. L'art. 1094 fixe un *maximum* qui ne saurait être dépassé, lors même que le donateur ne laisse qu'un enfant.
2560. Arguments présentés en sens contraire par M. Benech.
2561. Réfutation. — Du projet Jacqueminot.
2562. Suite.
2563. Suite. — Analyse du texte.
2564. Suite. — Discussion au conseil d'État.
2565. Suite. — Considérations morales.
2566. État de la jurisprudence.
2567. De quoi se compose la quotité disponible dont s'agit.
2568. Pourquoi le Code a-t-il ajouté: « ou une moitié en usufruit » ?
2569. Comment se réduit le don de l'usufruit de tous les biens ?
2570. Suite.
2571. De l'application de l'art. 917 à notre matière.
2572. Suite.
2573. Comment se réduit le don d'une rente viagère ?
2574. Suite. — Système équitable de la cour de Rouen.
2575. Du don ou legs de tout ce dont on peut disposer.
2576. L'époux donataire d'un usufruit peut-il être dispensé de fournir caution ?
2577. Suite. — Jurisprudence.
2578. L'usufruit, donné avant le Code sous un statut qui dispensait de fournir caution, conserve le bénéfice de cette dispense, quoique ouvert sous le Code.
2579. Que décider de la dispense de faire inventaire ?

2580. Du conflit de donations imputables sur les deux quotités disponibles des art. 913 et suiv., et de l'art. 1094.
2581. Ces deux quotités ne peuvent se cumuler.
2582. Suite.
2583. De la combinaison des deux quotités. Division de la question.
2584. Du cas où la quotité ordinaire est plus considérable que la quotité spéciale au conjoint.
2585. Si la donation faite au conjoint est excessive, le tiers peut-il profiter de la réduction subie par le conjoint ?
2586. Suite.
2587. Suite. — Raison spéciale de décider lorsque le donateur a lui-même ordonné la réduction.
2588. Suite.
2589. Suite. — Jurisprudence de la cour de cassation.
2590. Du cas où la quotité particulière aux époux est supérieure au disponible ordinaire.
2591. On peut donner à son conjoint l'excédant du disponible spécial, bien que ce soit un tiers et non son époux qu'on ait gratifié du disponible ordinaire ;
2592. Et cela, lors même que les libéralités sont contenues dans le même testament.
2593. La solution est la même, si le réservataire est un ascendant.
2594. Suite.
2595. Toutefois le testateur a pu vouloir que l'usufruit par lui légué à sa veuve se prît sur le disponible ordinaire.
2596. Pour la combinaison des deux quotités dans l'hypothèse décrite au n° 2590, trois cas sont à considérer.
2597. 1er cas. La donation faite à l'époux est postérieure à celle faite à l'étranger.
2598. Suite. Le conjoint profite de la réduction subie par l'étranger.
2599. 2e cas. La donation faite à l'époux est antérieure à celle faite à l'étranger. Si l'époux est gratifié d'un quart en propriété, l'étranger peut-il recevoir un quart en usufruit ? Non.
2600. Si l'époux à reçu moitié en usufruit, l'étranger peut-il recevoir un quart en nue propriété ? Non.
2601. Suite. Arguments de l'opinion contraire.
2602. Suite. — Réfutation.
2603. Suite.

2604. Suite. Jurisprudence de la cour de cassation et des cours impériales.
2605. Suite. Il importe que les contrats de mariage soient antérieurs au Code Napoléon.
2606. 3e cas. Les libéralités au conjoint et à l'étranger sont dans le même acte. Dans le testament le legs à l'étranger est écrit avant le legs à l'époux.
2607. Le legs fait à l'étranger est écrit après celui fait à l'époux.
2608. *Quid*, si les legs sont contenus dans des testaments distincts?
2609. Comment s'évalue un don en usufruit ? L'appréciation dépend des circonstances.
2610. Suite. Arrêt contraire.
2611. Jurisprudence générale des tribunaux.
2612. Que décider si l'usufruitier meurt avant l'évaluation de son droit ?
2613. De l'ordre à suivre dans la réduction quand il y a excès dans les donations.
2614. Lorsque les libéralités sont faites par testament, comment procéder ?
2615. Suite. Premier système.
2616. Suite. Deuxième système.
2617. Réfutation du second système.
2618. La question n'est pas tranchée par des arrêts, elle a été écartée par le consentement des parties.
2619. Si l'époux gratifié renonce à son gain de survie, qui est-ce qui en profite ? Les autres donataires ou légataires.
2620. Il en est autrement, si l'époux après la mort du donateur a d'abord accepté et renoncé ensuite.
2621. Que peut léguer un mineur marié à son conjoint ?

COMMENTAIRE.

2553. Nous avons vu précédemment les limites apportées par la prévoyance du législateur au pouvoir de disposer. Une réserve indisponible est assurée aux enfants et aux ascendants; le surplus du patrimoine est seul disponible entre les mains du père de famille. Mais cette réserve et cette quotité disponible ne sont pas fixées *a priori* d'une

manière absolue et invariable. La réserve s'élargit suivant le nombre des personnes privilégiées à qui elle est due, et la quotité disponible, qui en est le corrélatif, diminue dans une proportion correspondante. En principe, la quotité disponible ne dépend pas de la qualité des personnes que la volonté du père de famille peut appeler à en profiter ; elle est subordonnée au contraire à la qualité et au nombre des personnes investies de la réserve. Que le testateur veuille être libéral envers ses enfants ou envers un étranger, son pouvoir n'est ni plus ni moins étendu. En pareil cas, la loi reste indifférente pour ceux qui sont appelés par la volonté de l'homme ; elle n'est préoccupée que de ceux qui sont appelés par le droit du sang.

Mais quand la libéralité du père de famille s'adresse à son conjoint, ces règles se modifient, et la qualité de la personne fait prévaloir des considérations d'un autre ordre. L'époux est digne de faveur par son affection et ses services pieux ; il faut donc élargir pour lui le champ de la quotité disponible ordinaire. Mais il peut se remarier, et il sera d'autant plus porté à former une seconde union, que la première aura été moins féconde. Il ne faudrait donc pas laisser subsister ici la règle de progression qui élève la quotité disponible suivant qu'il y a moins d'enfants ; car ce serait exciter à de seconds mariages et en augmenter la dot. La quotité disponible ne variera donc pas suivant le nombre des enfants ; elle sera fixée d'une manière uniforme pour tous les cas.

Rien n'est plus naturel, du reste, que les donations entre futurs époux, ou entre époux. L'affection conduit à la libéralité, et la libéralité est un aiguillon de plus pour l'accomplissement cordial des devoirs réciproques. Lorsque la fortune des conjoints n'est pas la même, une donation du plus riche assure à l'autre, en cas de survie, le maintien d'une existence honnête ; elle l'empêche de déchoir de sa position et

de rester à la merci des enfants. Tout époux qui oublie d'assurer à son conjoint une aisance qui ne s'éloigne pas trop de celle dont il a joui pendant le mariage, mérite tout au moins le reproche d'imprévoyance. Mais pourrait-il toujours se montrer prévoyant, si les limites ordinaires de la quotité disponible n'étaient pas élargies?

Il était d'autant plus juste de permettre aux conjoints de se faire des libéralités assez considérables, que le Code a supprimé les institutions qui, dans notre ancien droit, assuraient au survivant des époux une existence digne de la famille, à savoir, le douaire, l'augment de dot et le contre-augment. Notre législateur a voulu qu'un époux obtînt de l'attachement et de la reconnaissance de son conjoint ce que la législation ancienne lui conférait de plein droit (1). Cette pensée est très-sage ; mais elle entraîne pour conséquence que les époux puissent céder à la voix de leur cœur, en se donnant dans une mesure assez large pour assurer le sort du survivant.

D'ailleurs, comment les enfants et descendants pourraient-ils se plaindre de ces libéralités qui donnent l'aisance et l'indépendance à une personne qu'ils doivent chérir et dont ils sont les héritiers présomptifs ?

2554. Arrivons à l'explication de notre article. Il détermine la portion disponible en faveur d'un époux par un autre époux. Inutile de dire que si le donateur dépassait cette quotité, sa libéralité ne serait pas nulle, mais seulement réductible.

2555. Trois cas peuvent se présenter. Et dabord il faut supposer que le donateur n'a point d'héritiers réservataires. Alors le donateur est maître de donner à son conjoint la totalité de son bien. La législation moderne est étrangère au

(1) *Supra*, n° 2516.

souci de l'ancien droit coutumier pour la conservation des propres dans les familles. Elle permet à l'époux de suivre les affections de son cœur et de donner, par une disposition expresse, la préférence à son conjoint sur tous ses parents.

2556. Supposons maintenant (c'est notre deuxième cas) que le donateur ne laisse pas de descendants, mais qu'il laisse des ascendants. L'époux peut alors donner à son conjoint la portion disponible déterminée par l'art. 915 du Code Napoléon; il peut lui donner de plus l'usufruit de la portion réservée aux ascendants.

M. de Maleville remarque qu'il « est véritablement dérisoire de renvoyer les ascendants, pour la jouissance de leur réserve, à la mort de leurs gendres ou brus, qui ont de moins qu'eux l'âge d'une génération (1). »

Mais le Code ne s'est pas arrêté à cette objection, qui n'annonce pas une profonde étude du principe de la loi. La faveur du mariage l'a emporté, à ses yeux, sur la faveur des ascendants, et ce n'est pas sans des motifs plausibles. Les ascendants ont un intérêt de cœur et de famille à l'établissement de leurs enfants. Presque toujours ils se dépouillent volontairement eux-mêmes pour les marier avec avantage. Comment pourraient-ils s'étonner dès lors que leur fils qui se marie, amoindrisse leur réserve par une donation qui est destinée à arriver au but qu'ils poursuivent de tous leurs vœux? Et quand c'est pendant le mariage que l'un des conjoints fait à l'autre un avantage, n'est-il pas dans la nature que le donateur soit moins libéral pour des ascendants que pour la personne avec laquelle il a confondu sa vie, qui a travaillé avec lui et qui a peut-être contribué à former cette fortune dont il dispose? La loi n'a fait que suivre l'ordre des affections, quand elle a voulu que la portion disponible

(1) *Analyse de la discussion* sur l'art. 1094, t. II, p. 537.

devînt plus considérable au préjudice des ascendants, alors qu'il y a un conjoint, que dans les cas où il n'y en a pas. Entre simples parents, l'art. 915 a posé une règle qui est vraie. Mais cette règle devient fausse en présence d'un époux, parce que l'amour conjugal n'a d'égal que dans l'amour paternel, et qu'il est supérieur à l'affection pour les ascendants.

D'un autre côté, la condition du père n'est pas changée, lorsqu'au décès de son fils il trouve la succession de ce dernier grevée d'un usufruit au profit de son épouse. Mais combien la condition de celle-ci ne pourrait-elle pas se trouver amoindrie, si elle n'avait pas une jouissance à laquelle elle a été associée pendant son union?

Après tout, si l'ascendant éprouve des besoins, il a la ressource de pouvoir vendre la nue propriété de l'objet réservé (1).

Telle est donc la raison philosophique de la loi : elle a suivi l'ordre des affections. C'est ce que M. Jaubert déclarait très-nettement dans son rapport au Tribunat (2) : « Paraîtra-t-il trop rigoureux de priver les ascendants de l'usufruit de la réserve? C'est en quelque sorte ne laisser la réserve que pour leurs héritiers. Mais c'est la faveur du mariage (3). »

On voit que dans l'hypothèse que nous venons d'examiner, l'époux donataire est doté d'une portion disponible plus considérable que l'étranger. Nous verrons tout à l'heure, qu'il y a des circonstances où il peut recevoir moins qu'un étranger.

2557. Comme l'opinion de M. de Maleville, rappelée il

(1) M. Grenier, no 449, t. III, p. 436, éd. de M. Bayle-Mouillard.

(2) M. Fenet, t. XII, p. 621.

(3) MM. Toullier, t. V. nº 868 ; Duranton, t. IX, nº 783 ; Dalloz, vº *Disp. entre-vifs et test.*, ch. 12, sect. 4, art. 1, nº 1 ; Coin-Delisle sur 1094, nº 3.

n'y a qu'un instant, s'est trouvée partagée par des esprits inattentifs, il est arrivé qu'on a considéré l'attribution de l'usufruit sur la réserve de l'ascendant comme tellement exorbitante, qu'on a exigé qu'elle résultât d'une clause spéciale et expresse. Les scrupules ont même été poussés si loin, qu'on ne s'est pas contenté d'une disposition universelle faite en faveur de l'époux, pour décider que celui-ci a droit non-seulement à la quotité disponible ordinaire, mais encore à l'usufruit de la réserve des ascendants.

C'est là une erreur : la loi n'a pas prescrit de forme solennelle ou sacramentelle pour qu'on usât de la quotité particulière aux époux. Or peut-on douter que celui qui a déclaré donner toute sa fortune, ait voulu donner la portion entière de cette fortune laissée à sa disposition par le législateur? L'usufruit de ce qui est réservé aux ascendants ne fait-il pas partie du disponible à l'égard du conjoint? Ne doit-il pas en conséquence être compris dans une disposition qui, dans la pensée de son auteur, est aussi étendue que la loi le permet?

2558. Voyons, cependant, un arrêt de la cour d'Agen qui juge le contraire.

Une dame Couture avait légué à son mari « son entière » succession telle qu'elle se composerait à l'époque de son » décès, au moyen de quoi elle l'instituait pour son héritier » ou pour son légataire universel et général. »

Elle mourut laissant sa mère pour unique héritière.

Malgré la généralité des termes du testament, la cour d'Agen a refusé au mari survivant l'usufruit de la réserve légale de la mère, « attendu que l'obligation d'une disposi- » tion expresse, pour retrancher l'usufruit de la réserve » attribuée aux ascendants, se trouve manifestement pres- » crite par l'art. 1094, puisque, après avoir disposé que » l'époux pourra donner à l'autre époux tout ce dont il

» pourrait disposer en faveur d'un étranger, la loi ajoute : « et, en outre, l'usufruit de la totalité de la portion dont la » loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers », ce » qui démontre que le legs universel n'opère rien contre » la réserve, puisque, outre ce legs, la loi donne une faculté » plus étendue à l'époux, et que, ne l'exprimant pas, il est » censé ne pas vouloir en faire usage (1). »

Mais cet arrêt est resté isolé. De nombreuses espèces ont été discutées, et la formule générale s'y est produite avec quelques variétés : toutefois la question a été résolue toujours en faveur de l'époux.

Ici, c'est un mari qui, par testament, avait « donné à son » épouse la jouissance de son entière hérédité (2). »

Là, ce sont deux époux qui, par contrat de mariage, « s'étaient fait donation mutuelle de tous les biens qui ap- » partiendraient au prémourant lors de son décès (3). »

Dans une troisième espèce, on trouve un mari qui « avait » fait donation à sa future, sous condition de survie, de la » pleine propriété et jouissance des biens qu'il laisserait à » son décès (4). »

Dans une quatrième espèce, nous voyons un testament par lequel une femme avait « légué en toute propriété à son » mari tous les biens meubles, immeubles... dont elle mour- » rait saisie et vêtue (5). »

Enfin on lit, dans une cinquième espèce, la clause d'un contrat de mariage portant que « le survivant des époux » aurait la pleine propriété des biens à usage de corps,

(1) Arrêt du 28 nov. 1827 (Devill., 8, 2, 420). *Junge* Bastia, 12 janv. 1859 (*J. du Palais*, 1860, p. 918; Devill., 60, 2, 181).

(2) Toulouse, 24 avril 1837 (Devill., 41, 1, 90).

(3) Cayenne, 8 mai 1837 (Devill., 43, 1, 289).

(4) Rouen, 24 mai 1841 (Devill., 43, 1, 539).

(5) Riom, 16 déc. 1846 (Devill., 47, 2, 249).

» d'ameublement et de ménage, et l'usufruit de tout le » surplus de la succession (1). »

Les disposants étant morts ne laissant pour héritiers que des ascendants, il a été décidé par les cours impériales appelées à connaître du débat que, pour que l'époux eût toute la quotité disponible fixée par l'art. 1094, y compris la jouissance de la réserve des ascendants, il suffisait que la disposition fût universelle, car un donataire ou légataire universel a droit à tout, si ce n'est à la réserve que les héritiers réservataires ont le droit de lui enlever par retranchement.

La cour de cassation, saisie de pourvois dans trois de ces affaires, les a rejetés, parce que les cours, en semblable circonstance, avaient usé du droit d'interprétation qui leur appartient souverainement (2).

Pour en finir, citons un dernier arrêt qui achèvera de mettre ces vérités dans tout leur jour :

Un sieur Preynat avait fait, par son testament, des legs divers; entre autres, il avait légué à sa femme une rente viagère de 6,000 fr. et l'usufruit d'une maison dont il était propriétaire; il avait enfin institué son frère légataire universel. Il mourut sans enfants, à la survivance de son père.

La quotité disponible était excédée. Mais dans quelle mesure fallait-il procéder à la réduction? A cause de la femme, ne devait-on pas étendre la quotité disponible ordinaire au *maximum* fixé par l'art. 1094? Le testament était-il assez explicite pour qu'on pût faire à la femme l'avantage de la faire profiter de l'usufruit de la réserve de l'ascendant?

Le tribunal de Saint-Étienne jugea que, « pour grever la

(1) Paris, 30 déc. 1847 (Devill., 48, 2, 138).

(2) Arrêt du 18 nov. 1840, sur Toulouse (Devill., 41, 1, 90). — 3 avril 1843, sur Cayenne (Devill., 43, 1, 289). — 30 juin 1842, sur Rouen (Devill., 43, 1, 539).

» réserve de l'ascendant d'usufruit en faveur du conjoint, » il fallait une disposition expresse qu'on chercherait en » vain dans le testament de Preynat; que la réserve d'un » quart de l'ascendant devait conséquemment être intacte, » et que le legs de l'épouse serait réduit comme tous les » autres. »

Mais la cour de Lyon, par arrêt du 3 février 1853 (1), infirma le jugement du tribunal, « attendu que la quotité dis- » ponible qui était, à l'égard des autres légataires, des trois » quarts des biens, pouvait comprendre en outre, à l'égard » du conjoint, tout ou partie de l'usufruit du quart formant » la réserve de l'ascendant...; qu'il y avait simplement à » vérifier si la libéralité faite au conjoint demeurait dans le » cercle de la disponibilité ou si elle l'excédait; que, sur ce » point, l'erreur des premiers juges venait de ce qu'ils » avaient confondu une cause de préférence, qui, suivant » l'art. 927 du Code Napoléon, a besoin d'être expresse, » afin de soustraire un legs à la réduction, avec une condi- » tion même de la validité de la disposition ou du legs, etc. »

La cour de cassation, le 24 avril 1854, a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt, « attendu que la loi, en permettant » aux époux de disposer l'un au profit de l'autre de l'usu- » fruit de la réserve attribuée aux ascendants, n'a point » imposé à l'exercice de cette faculté la condition que l'in- » tention de priver l'ascendant de son usufruit serait for- » mellement exprimée, et que, dès lors, il suffit, pour que » cette intention soit certaine, que la disposition d'usufruit » au profit de l'époux soit constatée, et qu'elle ne puisse, à » raison de son étendue, se concilier avec l'usufruit de l'as- » cendant réservataire. »

Cette doctrine nous paraît incontestable (2).

(1) Devill., 54, 1, 430.

(2) *Junge*, aux arrêts cités, Montpellier, 27 janv. 1858 (*J. du Palais*, 1859,

2559. Arrivons au troisième cas, qui a lieu lorsque l'époux donateur a des enfants ou descendants. Il ne peut alors donner à son conjoint qu'un quart en propriété et un quart en usufruit, ou bien une moitié en usufruit seulement. Le sens de cette disposition est, en soi, parfaitement clair. Ce qui frappe surtout, c'est que la quotité disponible entre époux n'est pas subordonnée au nombre des enfants, comme la quotité disponible ordinaire; c'est qu'elle est uniforme et invariable, et qu'elle ne devient pas plus forte quand il n'y a qu'un enfant, que lorsqu'il y en a trois.

On s'est quelquefois étonné de cette disposition; on a cherché à en pervertir le sens, sous prétexte qu'elle ne satisfait pas la raison; on s'est révolté à l'idée qu'un époux fût, dans certains cas, moins favorablement traité que l'étranger, et l'on a fait des efforts et même des livres pour prouver que l'art. 1094 n'est pas coupable de cette inexplicable erreur. Lorsque le donateur, dit-on, ne laisse qu'un enfant, il peut donner à un étranger la moitié en propriété. Pourquoi donc l'emprisonner dans l'art. 1094, à l'égard de son époux? Pourquoi cet époux serait-il condamné à ne recevoir que la moitié en usufruit, ou un quart en propriété, et un quart en usufruit? Pourquoi son lot serait-il moins considérable que celui de l'étranger, lui qui mérite mieux que personne la libéralité la plus étendue?

Mais, disons-le tout de suite, ces objections ne sont pas soutenables, et, dès l'origine, elles ont été condamnées par arrêt de la cour de Nîmes, du 10 juin 1807 (1), « attendu » que le législateur, en faisant un chapitre séparé pour ré- » gler de pareilles dispositions, à manifesté une volonté bien

p. 110); Paris, 28 déc. 1860 (*J. du Palais*, 1861, p. 67). V. aussi MM. Aubry et Rau, t. V, p. 610; Bonnet, *Disp. par contr. de mariage*, t. III, n° 1028.

(1) Devill., 2, 2, 528.

» prononcée, non-seulement de régler le sort des époux d'une » manière particulière, mais encore de le régler d'une ma- » nière invariable, d'après l'art. 1094, renfermé dans le » susdit chapitre IX du Code civil, quoique, par ce mode » et suivant les circonstances, l'époux puisse être plus ou » moins avantagé qu'un étranger. »

Nous dirons en passant qu'il est assez remarquable que ce soit à une cour du midi de la France qu'on doive le premier arrêt qui rende hommage à ces principes, lorsqu'on voit M. le professeur Benech, partisan de la doctrine condamnée, publier un livre tout exprès pour prouver que, sur cette matière, les intérêts du Midi sont menacés dans ce qu'ils ont de plus vivace, par les idées importées des pays de communauté. Le livre de M. Benech est écrit avec érudition, élégance et distinction (1). Mais il n'a eu que très-peu d'influence sur la jurisprudence des tribunaux; c'est qu'on y a trouvé plus de passion que d'impartialité.

2560. M. Benech prétend donc, contre l'opinion commune (2), que la femme peut toujours recevoir au moins autant qu'un étranger, et il défend sa thèse par les raisons suivantes, puisées dans l'histoire de la rédaction du Code, dans l'examen du texte et dans la morale du droit:

L'art. 1094 est emprunté textuellement au projet de Jacqueminot. Il y avait été inséré dans une pensée complétement favorable à l'époux; car la quotité disponible ordinaire était invariablement d'un quart pour celui qui avait des enfants ou même un seul enfant; de sorte que, dans tous les cas possibles, la quotité disponible entre conjoints était supérieure à la quotité ordinaire. Le but de l'article était d'étendre,

(1) *De la quotité disponible entre époux.*

(2) Toullier, t. V, n° 869; Grenier, t. III, n° 584; Delvincourt, t. II, p. 65; MM. Duranton, t. IX, n° 793; Dalloz, v° *Dispos. entre-vifs et test.*, ch. 12, sect. 4, art. 1, n° 8; t. VI, p. 27; Vazeille sur l'art. 1094, n° 47.

d'élargir le droit commun. Or, cet article, auquel il n'a été fait aucun changement, est entré dans le Code avec le sens extensif qu'une première rédaction lui avait donné. Pourquoi donc l'interpréter, dans la jurisprudence, avec des idées restrictives (1)?

L'art. 1094 répond d'ailleurs, par son texte, à cette pensée toute favorable au conjoint. Il est rédigé de manière à concéder une faculté et non à porter une prohibition. C'est ce qui devient plus évident encore par le rapprochement de notre article avec l'art. 1098. Ce dernier article, voulant fixer une limite infranchissable, dit expressément que celui qui a des enfants d'un premier mariage ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, etc. L'art. 1094, au contraire, ne se sert pas d'une formule restrictive. Il fixe le minimum de ce qu'il sera toujours permis de se donner entre époux; mais il ne défend pas d'aller au-delà, si, du reste, le droit commun le permet (2).

Le conseil d'État, en élaborant l'art. 1098, a lui-même fourni l'interprétation de l'art. 1094. L'art. 1098, dans sa première rédaction, ne permettait à l'époux qui avait des enfants d'un précédent mariage de donner à l'autre époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, et en usufruit seulement.

Le consul Cambacérès dit qu'on pourrait autoriser à donner au nouvel époux une part d'enfant en pleine propriété.

M. Berlier fait observer « qu'en accordant au nouvel » époux la faculté de recevoir une part d'enfant même en » propriété (ce qui est raisonnable), il est peut-être con- » venable de modifier cette règle : car, s'il n'y avait qu'un » enfant ou deux du premier mariage, et point du second,

(1) M. Benech, p. 119 et suiv.
(2) *Ibid.*, p. 112 et suiv.

» le nouvel époux pourrait, en partageant avec eux, avoir
» la moitié ou le tiers de la succession. »

» L'opinant pense qu'il serait juste d'établir, à côté de la
» règle principale, relative à la portion d'enfant, une ex-
» ception portant qu'elle ne pourra pas, à l'égard du nouvel
» époux, excéder une quotité de la succession, par exemple
» le quart.

» L'article est adopté avec les amendements proposés par
» le consul Cambacérès et par M. Berlier (1). »

Donc M. Berlier et le conseil d'État entendaient que l'art. 1094 ne s'opposait pas à ce qu'un époux reçût de l'autre la moitié ou le tiers de la succession en pleine propriété, quand il n'y avait qu'un ou deux enfants (2).

Enfin, continue M. Benech, un époux doit-il jamais être traité plus sévèrement qu'un étranger, l'affection de son conjoint pour lui étant plus vive, plus naturelle, et presque toujours mieux méritée? Comment concevoir que le mariage, qui est une cause de faveur lorsque le donateur a des ascendants, devienne une cause d'incapacité quand il laisse des enfants? Les enfants sont, dit-on, plus favorisés que les ascendants; c'est pourquoi la situation du conjoint donataire n'est pas la même dans les deux cas. — Mais, si la faveur des enfants devait être la cause de cette incapacité, ils la produiraient *a fortiori* quand ils sont au nombre de trois ou d'un nombre supérieur (3).

Telles sont les raisons de M. Benech succinctement et fidèlement rapportées. Elles ne sont pas difficiles à réfuter (4).

(1) Fenet, t. XII, p. 416, 417.
(2) M. Benech, *ibid.*, p. 126, 127.
(3) M. Benech, *ibid.*, p. 161.
(4) Nous sommes étonné que Zachariæ et ses annotateurs aient admis l'opinion de M. Benech, § 689, tome V, p. 205, note 5.

2561. D'abord M. Benech veut qu'on interprète le Code par le projet Jacqueminot, et que, parce que dans ce projet la quotité disponible entre époux était toujours plus considérable que celle attribuée à des étrangers, on décide tout au moins, sous le Code Napoléon, qu'elle ne doit pas lui être inférieure.

Cet argument a le défaut d'aller chercher bien loin et par des voies bien détournées une pensée qu'il vaudrait mieux trouver dans les conceptions du Code lui-même. Il en a un autre : c'est que du premier coup, il va se briser contre une profonde différence que M. Benech rencontre à son début entre le projet Jacqueminot et le Code. L'un voulait que l'époux fût toujours dans une position meilleure que l'étranger. L'autre (M. Benech en convient) est loin d'établir systématiquement cette préférence. Aussi notre auteur se borne-t-il à demander à l'interprétation de faire pour l'époux, non pas plus que pour l'étranger, ainsi que le voulait le projet de M. Jacqueminot, mais seulement tout autant. Comment donc M. Benech n'a-t-il pas vu que de telles différences sur un point si essentiel ne pouvaient pas l'aider beaucoup à trouver des positions analogiques !

2562. Ce n'est pas tout, et voici une autre différence. Dans le projet Jacqueminot, la quotité disponible, soit entre époux, soit entre étrangers, ne variait pas suivant le nombre des réservataires. Deux articles étaient consacrés l'un à la quotité disponible vis-à-vis des tiers, l'autre à la quotité particulière aux époux, et celle-ci excédait toujours celle-là. Mais sous le Code la quotité disponible ordinaire a été changée; on l'a rendue variable suivant le nombre des légitimaires, et par là, le projet Jacqueminot s'est trouvé profondément modifié. Or, de ce que la quotité disponible ordinaire est devenue variable et mobile, s'ensuit-il que le législateur ait voulu faire subir, par contre-coup, un changement analogue

à la quotité disponible spéciale aux époux? N'aurait-il pas fallu modifier le texte de l'art. 1094 comme on avait modifié l'art. 913? Le texte, étant resté le même, n'a-t-il pas le sens et la portée qu'il avait primitivement, sous le rapport de l'invariabilité, dans le projet Jacqueminot? Ne fixe-t-il pas une quotité invariable indépendante du nombre des enfants?

2563. Quant à la rédaction de l'art. 1094 comparée à celle de l'art. 1098, il n'y a qu'un mot à répondre à l'argument de M. Benech :

Les termes de l'art. 1094 n'ont pas besoin d'être limitatifs dans la forme, pour ôter au disposant le droit de dépasser les quotités dont cet article autorise la disposition. L'art. 1094 porte ses restrictions en lui-même; il les signale par la place qu'il occupe, par la spécialité de la matière qu'il traite, par le droit particulier qu'il constitue en faveur des époux. Et quand il vient déterminer la quotité dont les gens mariés peuvent se gratifier, ne fixe-t-il pas par là même une limite, sans qu'il soit besoin de rien ajouter, pour que cette limite ne puisse pas être franchie?

D'ailleurs, la restriction n'est-elle pas exprimée catégoriquement dans l'art. 1099 qui dispose : « Les époux ne pour-
» ront se donner indirectement au delà de ce qui est permis
» par les dispositions ci-dessus? »

L'intention du législateur ne saurait donc être douteuse. M. Bigot de Préameneu, exposant les motifs de notre titre, revient à plusieurs reprises sur le caractère limitatif et restrictif de l'art. 1094 :

« Si l'époux laisse des enfants, ses donations NE pourront
» comprendre QUE le quart, etc. (1).

» Si l'époux laisse des enfants, son affection se partage

(1) Fenet, t. XII, p. 572, lignes 12 et suiv.

» entre eux et son époux..... il NE pourra donc être autorisé
» à laisser à l'autre époux QU'une partie de sa fortune, et
» cette quotité est fixée à un quart, etc. (1).

» Après avoir borné ainsi la faculté de disposer, il ne res-
» tait plus, etc. (2). ».

Le tribun Jaubert, dans son rapport au tribunat, est non moins formel : il rapporte les dispositions du 2e alinéa de notre article, et ajoute : « Si la disposition avait excédé ces
» bornes, elle serait réduite proportionnellement (3). »

2564. Mais venons à la discussion du conseil d'État, dont nous avons vu M. Benech se prévaloir. Nous croyons que cet auteur interprète mal l'opinion de M. Berlier. Mais après tout, que pourraient faire contre le texte de l'art. 1094 quelques paroles échappées dans une discussion et peut-être traduites avec obscurité. Ce qui nous paraît plus décisif, c'est l'incident que voici :

Lors de la communication officieuse qui fut faite au tribunat de notre titre, ce corps proposa de modifier le second alinéa de l'art. 1094, pensant qu'il était juste, dans le cas même où il y aurait des enfants, « qu'un époux pût donner
» à l'autre tout ce dont il pourrait disposer en propriété,
» c'est-à-dire autant qu'il pourrait donner à un étranger,
» ou la moitié de ses biens en usufruit (4). »

Le conseil d'État admit-il la correction proposée par le tribunat? consacra-t-il ce système nouveau, qui n'était autre que celui de M. Benech? Non! il persista dans sa rédaction primitive, et la question si nettement soulevée fut aussi nettement tranchée dans le sens contraire à l'avis du tribunat et de M. Benech.

(1) Fenet, *ibid.*, lignes 31 et suiv.
(2) Fenet, *ibid.*, p. 573, lignes 8 et suiv.
(3) Fenet, *ibid.*, p. 621.
(4) Fenet, *ibid.*, p. 467.

Cet auteur essaye d'échapper à la puissance de ce fait, en disant que le Conseil jugea la correction du texte inutile. Comment inutile! voilà un texte proposé qui décide que dans certains cas l'époux aura moins qu'un étranger; puis, un amendement est formulé pour que cet époux puisse recevoir autant que l'étranger; et quand le texte primitif est maintenu, on pourra dire que l'amendement ne servait à rien! Nous disons, nous, qu'il n'est pas possible de raisonner ainsi, et qu'après avoir modifié l'art. 913, il fallait modifier l'art. 1094, si l'on voulait que leurs dispositions s'accordassent entre elles.

2565. Restent les considérations morales invoquées par M. Benech. Mais si on y regarde de près, elles s'évanouiront comme de faux semblants, et nous trouverons M. Benech aussi faible sur le terrain philosophique que sur tous les autres. Pénétrons-nous en effet des bases fondamentales de la loi telles qu'elles ont été exposées à l'audience de la cour de cassation du 3 décembre 1844 (1) par M. le conseiller Félix Faure, mon ancien et très-excellent collègue : on verra combien le système de M. Benech reste éloigné des profondeurs de la question.

« Quand les enfants sont nombreux, leur nombre même » suppose un mariage de quelque durée; il suppose aussi » que l'époux survivant, mûri par l'âge, absorbé par les » soins de la famille, sera moins tenté de courir les chances » d'un second mariage. Les avantages qu'il aura reçus ne » seront donc qu'une sorte de dépôt qui, à son décès, sera » transmis à ses enfants ; dépôt aussi qui leur sera utile de » son vivant. En effet, plus les enfants sont nombreux, » plus il y a de chances d'inégalité entre eux. Le chef de la » famille, à l'aide des avantages par lui reçus, pourra aider,

(1) Devill., 45, 1, 277.

» soutenir ceux qui en auront besoin. Son autorité, comme
» le dit M. Jaubert, en sera plus efficace et plus respectée.
» Par de sages dispositions testamentaires, il pourra plus ai-
» sément ainsi réparer entre ses enfants des inégalités pro-
» duites par les caprices du sort. Enfin, pourquoi la fécondité
» plus grande de l'épouse, les soins plus pénibles, les dé-
» penses plus fortes, qu'entraîne pour les deux époux une
» famille plus nombreuse, ne seraient-ils pas récompensés ?
» Il est donc naturel que, dans ce cas, l'époux survivant
» soit plus favorisé que l'étranger. Et remarquez que
» presque toutes ces considérations disparaissent quand il
» n'y a qu'un seul enfant. Le plus souvent, alors, le ma-
» riage a été de courte durée. L'époux survivant plus jeune,
» plus isolé, peut se laisser entraîner à un deuxième ma-
» riage. Les biens à lui laissés, surtout en propriété, peuvent
» même faciliter un second mariage ; et alors n'est-il pas à
» craindre que ces biens, laissés par le premier époux, au
» lieu de profiter à son enfant orphelin, ne passent, en
» partie du moins, aux enfants du second lit ? L'orphelin en
» souffrira. Il est vrai qu'il en souffrirait encore plus, si
» la portion disponible était laissée à un étranger. Mais ne
» serait-ce pas le cas de dire, avec M. Delvincourt, que le
» législateur à pensé que le père se portera plus difficilement à dépouiller son enfant en faveur d'un étranger
» qu'en faveur de sa femme ? La disposition de la loi si du-
» rement qualifiée par M. Benech ne peut-elle pas s'ex-
» pliquer par ces considérations, et ce qu'il traite d'absur-
» dité ne serait-il pas au contraire un acte de prudence et
» de sagesse ? »

Voilà la véritable philosophie de la loi (1). Voilà l'explication lumineuse des dispositions qui, pour la quotité

(1) Voyez encore *infra*, n° 2572.

disponible entre époux, ne s'en sont pas rapportées au droit commun, et ont formulé un droit particulier d'après lequel cette quotité, loin de s'élever ou de s'abaiser suivant le nombre des enfants, reste toujours uniforme, soit qu'il n'y ait qu'un enfant, soit qu'il y en ait plusieurs.

Au reste, la jurisprudence est maintenant fixée (1), et la tentative de M. Benech, loin de l'ébranler, n'a fait que lui donner plus de force. Nous terminerons en citant les motifs de l'arrêt de la chambre des requêtes du 3 décembre 1844 au rapport de M. Félix Faure (2).

« Attendu, y est-il dit, qu'il résulte soit de la place » qu'occupe le chap. 9, tit. 2, liv. 3, du Code civ., soit de » la combinaison des art. 1091 et 1099 avec l'art. 1094, » C. civ., qu'il s'est agi d'interpréter, soit enfin des mo- » tifs donnés par les orateurs du gouvernement et du tri- » bunat, lors de la présentation dudit titre 2 au corps » législatif, que l'intention du législateur a été de limiter » à une quotité fixe et indépendante du nombre de leurs » enfants, le maximum de la donation que ledit art. 1094, § 2, » permet spécialement à l'époux de faire à son époux « survivant. »

2567. Après avoir constaté le caractère immuable de la quotité disponible créée par l'art. 1094, examinons-la dans les éléments dont elle se compose.

On a soutenu d'abord que, d'après le texte de l'article 1094, il n'est permis de donner que le quart de la nue propriété, sans jouissance, et l'usufruit d'un autre quart. Mais cette absurde prétention a été proscrite par un arrêt de la cour de

(1) Riom, 8 mars 1842 (Devill., 42, 2, 254). Montpellier, 8 mars 1843 (Devill., 43, 2, 220). Le pourvoi contre ce dernier arrêt a été rejeté le 3 déc. 1844, sur le rapport de M. Faure (Devill., 45, 1, 277).

(2) *Loc. cit.*

Bruxelles du 21 juillet 1810 (1). Nous la rapportons ici moins pour faire connaître les diverses interprétations de la loi, que pour signaler les cavillations que la chicane ne craint pas d'employer quelquefois.

2568. Arrivons à quelque chose de plus sérieux.

Il ne faut pas s'étonner que le législateur, après avoir permis de donner un quart en pleine propriété et un quart en usufruit, ait cru devoir ajouter « ou une moitié en usufruit. » Il est vrai que celui qui peut disposer d'une quotité, peut, à plus forte raison, ne donner qu'une partie de cette quotité, et que, dès lors, il semble au premier coup d'œil qu'il y a surabondance dans notre texte. Mais, comme l'a dit la cour de Bruxelles dans l'arrêt précité, « l'utilité du deuxième » membre de l'alternative qui fixe la faculté de disposer en » usufruit seulement, est des plus évidentes, en ce que cette » limitation empêche de rendre stérile le patrimoine des » enfants durant la vie de leurs parents, s'ils pouvaient avoir » la jouissance de la plus grande partie des fruits. » Et ils le pourraient, suivant le droit commun, si le législateur ne l'avait pas défendu; car, en général, il est permis de donner plus que le revenu de la quotité disponible, pourvu que le don de jouissance n'excède pas en valeur la quotité tout entière (2).

2569. Cette disposition limitative du don de l'usufruit n'a pas empêché les époux de faire souvent des dispositions qui excèdent les bornes. Ce n'est pas qu'on ait voulu violer ou méconnaître une règle respectable. Mais il est possible que, au moment de la libéralité, les époux n'aient pas d'enfants, et que, se laissant aller dans ce cas aux impulsions de l'amour conjugal, ils disposent de l'usufruit de la totalité de

(1) Devill., 3, 2, 310.

(2) V. l'art. 917, n° 832. L'art. 17 du tit. des Donations du projet Jacqueminot décidait le contraire. Fenet, t. I, p. 371.

leurs biens; ce que la loi ne défend pas quand les époux n'ont pas de descendants. Plus tard, le mariage devient fécond; la quotité disponible cesse dès cet instant d'être la même; elle se réduit à l'usufruit de la moitié des biens. Qu'arrivera-t-il de la disposition primitive? Comment s'opérera la réduction au profit des enfants existants?

L'époux qui n'a pas droit en usufruit à plus de la moitié des biens, se fera-t-il récompenser en nue propriété de ce qu'on lui retranche en jouissance? Ne recueillant pas tout ce que son conjoint voulait lui donner, recevra-t-il au moins tout ce que son conjoint aurait pu lui donner sous une autre forme? Le disposant aurait pu donner plus que la moitié en usufruit, puisque la loi rendait disponible entre ses mains un quart en toute propriété et un quart en usufruit. Or, il a montré qu'il voulait donner à son conjoint plus que l'usufruit de la moitié; car il lui laisse l'usufruit du tout. Ne serait-ce donc pas fausser la volonté du testateur, ne serait-ce pas manquer à son dernier vœu que de réduire son conjoint à un simple usufruit de moitié? Ne faut-il pas donner à ce dernier une indemnité en propriété, en se renfermant toutefois dans la limite de notre article? En d'autres termes, le donataire ou le légataire de l'usufruit de la totalité ne serait-il pas fondé à demander la conversion de la disposition en un don du quart en toute propriété et du quart en usufruit?

2570. Quelque équitable que paraisse cette prétention, elle a souffert de sérieuses difficultés, et voici pourquoi :

Un don d'usufruit, si considérable qu'il soit, n'équivaut pas à un don de propriété. Celui qui n'a fait qu'un avantage viager, n'a pas voulu faire sortir ses biens de la famille; il a montré ouvertement qu'il entendait que le fonds de sa fortune ne passât pas en des mains étrangères. Pourquoi n'a-t-il

pas donné un quart en toute propriété et un quart en usufruit? Il le pouvait, et il a fait autre chose, ou, si l'on veut, il a persisté dans une autre volonté. Il n'appartient pas aux magistrats de dénaturer une donation, et de la transformer sous prétexte qu'elle ne peut pas s'exécuter comme elle a été faite; ce serait un empiétement sur la liberté et la volonté du disposant. La justice apprécie la validité des actes; mais elle ne saurait remplacer un acte excessif par un acte légal d'un autre genre. Le disposant a pu avoir de très-bonnes raisons pour ne pas donner autre chose qu'un usufruit : il a pu redouter une seconde union; il a pu ne pas vouloir que son fonds servît à doter une autre famille. Ce sont là des motifs d'un ordre domestique transcendant, et les tribunaux n'y sauraient porter atteinte.

2571. Il est vrai que, d'après l'art. 917 du Code Napoléon, lorsqu'il a été donné ou légué un usufruit ou une rente viagère dont la valeur excède la portion disponible, les héritiers réservataires ont l'option ou d'exécuter la disposition ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible. Mais c'est là une disposition exceptionnelle, qui ne saurait être étendue au cas qui nous occupe.

L'art. 917 s'adapte au système de la quotité disponible ordinaire. Dans ce système, le maximum dont on peut disposer en usufruit n'est pas déterminé. En droit rigoureux, il faudrait donc estimer un usufruit donné ou légué en valeur de pleine propriété, pour savoir s'il excède ou non la portion disponible. Le législateur a voulu éviter cette estimation dispendieuse et incertaine, et il a laissé les réservataires libres ou d'exécuter le don ou legs en entier, ou d'abandonner la pleine propriété de la quotité disponible (1). Dans le système de la quotité disponible entre époux, il en

(1) V. *supra*, n° 832.

est tout autrement. La mesure à laquelle les libéralités en usufruit doivent être réduites, est fixée par la loi : c'est la moitié en usufruit. On ne rencontre pas ici la difficulté à laquelle l'art. 917 veut obvier. La réduction va d'elle-même; elle ne nécessite ni estimation, ni option.

C'est ce qu'a jugé la cour d'Angers par arrêt du 8 juillet 1840.

La dame Gautron, qui n'avait pas encore d'enfants, a légué à son mari l'usufruit de tous ses biens. Elle est morte, laissant un enfant issu de leur union. Le mari prétendit que l'héritier à réserve n'avait que l'option ou d'exécuter le legs entier, ou de faire l'abandon d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit, conformément à l'art. 917 du Code Napoléon. C'était poser la question dans les termes les plus nets et les plus précis. Mais le tribunal de Baugé rejeta cette prétention, « attendu que l'art. 917 du Code civil, qui fait la » règle des donations en général, ne peut être appliqué au » cas des donations entre époux, lesquelles sont réglées » spécialement par l'art. 1094 du même Code, lequel au- » torise les époux à se donner, en cas de survivance d'en- » fant, ou la moitié en usufruit, ou le quart en propriété et » le quart en usufruit des biens qu'ils délaisseront; que le » législateur, ayant établi par cet article deux natures de » donations, la réduction doit s'opérer suivant la nature du » don fait par le prémourant; attendu qu'il appartient aux » tribunaux d'interpréter la volonté du donateur; que, » dans l'espèce, la dame Gautron a légué à son mari l'uni- » versalité de ses biens en usufruit seulement à l'époque où » il n'y avait pas d'enfant issu de leur union; que, dès lors, » elle entendait réserver à sa famille la propriété desdits » biens : qu'un enfant étant né depuis, il y a lieu, à plus » forte raison, de dire qu'elle avait l'intention formelle, » manifeste de faire réserve au profit de ce même enfant, de

» la propriété intacte de tous ses biens. » Et, sur l'appel, la cour d'Angers confirma ce jugement par les mêmes motifs(1).

Il existe, dans le même sens, un arrêt de la cour de Bourges du 12 mars 1839 (2), et un arrêt de la cour d'Amiens du 15 février 1822 (3).

2572. Mais l'opinion contraire a pour elle l'autorité d'un arrêt de la cour de Poitiers du 20 mars 1823 (4). Cet arrêt décide nettement que l'art. 917 du Code Napoléon s'applique aussi bien aux libéralités entre époux qu'aux libéralités faites à des étrangers. Il est d'autant plus digne de remarque, qu'il a été rendu au profit d'une épouse qui s'était remariée, et qui par conséquent pouvait faire profiter son second mariage de toute la propriété dont il était possible que l'option du réservataire l'investît. Mais, quoi qu'en puisse dire M. Benech (5), il est clair que la cour de Poitiers a fait une fausse application de l'art. 917 ; elle le transporte dans une matière pour laquelle il n'a pas été fait. Comment n'a-t-elle pas vu que, quand la disposition excède la moitié en usufruit, l'option laissée au réservataire le condamne à supporter une libéralité manifestement et légalement excessive et par cela même réductible ? Comment a-t-elle pu prendre pour règle de ce cas, l'art. 917, qui ne prévoit que l'hypothèse où la supériorité de l'usufruit sur la quotité disponible est douteuse et fait l'objet de la question.

Je conviens que, lorsque le don de l'usufruit a été fait a un étranger, il peut arriver, d'après l'art. 917, que, l'usu-

(1) Devill., 40, 2, 391.

(2) Devill., 39, 2, 373. *Junge* Proudhon, t. I, n° 345. M. Coin-Delisle sur l'art. 1094, n° 8.

(3) Dall., *Dispos. entre-vifs et test.*, ch. 12, sect. 4, art. 1. p. 271. *Palais*, t. XVII, p. 135 et la note.

(4) *Palais*, t. XVII, p. 983.

(5) *De la quotité disponible entre époux*, p. 435 et suiv. Dict. du Not., 4e édit., v° *Portion disponible*, Journal des Not. art. 8727, 9542, 10743.

fruit se convertisant en toute propriété, l'entière portion disponible soit radicalement enlevée aux réservataires; et dès lors il peut paraître bizarre que cet avantage soit refusé à un époux, c'est-à-dire à la personne la plus favorable, à celle dont les réservataires doivent hériter, et dans la succession de laquelle ils retrouveront les biens donnés (1).

Nous répondrons que la portion disponible entre époux est sujette à beaucoup d'anomalies. Pourquoi, par exemple, l'homme qui n'a qu'un enfant peut-il laisser la moitié de son bien à un étranger? Pourquoi ne peut-il laisser à son épouse, à la mère de cet enfant, que le quart en propriété et le quart en usufruit? La crainte d'un second mariage mêle à l'affection du disposant des sentiments d'inquiétude qui modèrent ses libéralités et qui font que la loi n'est pas disposée à les étendre par une trop large interprétation. Il y a dans toute cette matière des considérations morales très-diverses qui font pencher la balance tantôt du côté de l'époux tantôt du côté opposé. Il ne faut donc argumenter qu'avec précaution des règles du droit commun (2).

Ainsi, pour ne pas sortir de notre question, quand le testateur à fait à un étranger un legs d'usufruit que les réservataires prétendent excessif, on ne peut pas dire que la conversion en toute propriété de cette libéralité soit essentiellement contraire à la volonté du disposant, qui a pu être parfaitement indifférent à la manière dont son legs serait payé. Mais qui oserait en dire autant quand le legs d'usufruit a été fait à un époux? Qui pourrait nier que le disposant, préoccupé dans ses affections jalouses des événements qui auront lieu après lui, n'a voulu assurer au survivant qu'un avantage viager, et qu'il a repoussé l'idée de mettre dans ses

(1) M. Benech, p. 440.
(2) *Supra*, n° 2565.

mains la dot d'un second mariage? Comment ne pas voir qu'il a entendu rattacher le survivant aux enfants par la communauté des intérêts qui unissent la nue propriété et l'usufruit, et qu'on pervertirait ses idées de prudence, en transformant l'objet de la libéralité?

2573. Mais ce n'est pas toujours en usufruit qu'un conjoint donne ou lègue à son conjoint. La libéralité peut porter sur des rentes viagères, ou bien elle peut être mixte et embrasser l'usufruit de certains biens, l'usufruit du mobilier, par exemple, et une rente viagère.

M. Proudhon (1) pense qu'il faut distinguer ce cas du précédent, parce que la loi, dans l'art. 1094, statue spécialement sur le maximum des libéralités en usufruit, et ne s'explique pas également sur le maximum des libéralités en rente viagère. Il veut donc qu'on applique l'art. 917.

Nous convenons, avec M. Proudhon, qu'il n'y a pas parité entre l'usufruit et la rente viagère; ce n'est pas, en effet, la même chose de donner à quelqu'un l'usufruit de la moitié de ses biens rapportant 4,000 fr., et de lui assurer une rente viagère de 2,000 fr. Car l'usufruit peut être atteint par des chances qui retombent non sur le réservataire nu-propriétaire, mais sur l'usufruitier; de telle sorte que c'est tant pis pour lui si la propriété, soit par force majeure, soit par défaut de location, demeure improductive, tandis que, dans le cas de rente viagère, le réservataire est toujours tenu de trouver les 2,000 fr., soit que les terres rapportent, soit qu'elles ne rapportent pas. Il y a donc un compte à faire pour estimer la valeur de la rente viagère dans son rapport avec la quotité disponible, et c'est pour échapper aux difficultés de ce compte, que M. Proudhon a recours à l'art. 917. Mais il ne fait pas attention que si cet article s'appliquait,

(1) T. I, n° 345. *Junge* M. Coin-Delisle, 1094, n° 9.

l'enfant réservataire serait dans la nécessité ou d'exécuter sans réduction une rente dont les arrérages absorbent plus qu'il ne faut des revenus de la succession, ou d'abandonner une partie de la propriété, ce que n'a pas voulu le défunt par des motifs domestiques dont nous avons expliqué la gravité.

2574. Pour respecter cette volonté et concilier tous les intérêts, la cour impériale de Rouen, par arrêt du 9 avril 1853 (1), a donné naissance à un système dont l'équité nous touche. D'après la cour de Rouen, il faut faire une estimation des jouissances et leur donner effet jusqu'à concurrence de la portion disponible la plus forte, sans toutefois les convertir en toute propriété, et en leur laissant le caractère viager qui a été dans la pensée du disposant.

Voici l'espèce :

En 1837, le sieur Papegay épouse la demoiselle Chauvin, et, par contrat de mariage, celle-ci fait donation à son mari, pour le cas où il survivrait et où il existerait des enfants du mariage, de l'usufruit de tout son mobilier et de plus d'une rente viagère de 400 fr.

Le mari survit. Une fille est née du mariage. Cette dernière prétend que l'usufruit et la rente doivent être réduits à la valeur de l'usufruit de moitié des biens. Le mari soutient que les libéralités faites à son profit ne seraient excessives que si elles dépassaient la valeur d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit. Un jugement de Bernay adopte le système plaidé pour l'enfant réservataire.

Mais, la cour, « attendu que, d'après les conclusions, » l'appel ne laisse plus à décider que la question de savoir » comment doit être réduite la donation faite au sieur Pa-

(1) *Gaz. des trib.*, 3 juin 1853. Je n'ai pas trouvé cet arrêt dans les autres recueils, excepté dans le *Journal des Notaires*, année 1853, art. 14987.

» pegay par son épouse, dans le cas où elle excéderait la
» quotité disponible;

» Attendu qu'il y a un enfant issu du mariage des époux,
» et qu'aux termes de l'art. 1094 du Code Napoléon, ils
» pouvaient se donner un quart en toute propriété et un
» quart en usufruit, ou moitié en usufruit de tous leurs
» biens;

» Attendu qu'en se refusant à exécuter la donation faite
» par sa mère à son père d'une rente viagère de 400 fr. et
» de l'usufruit du mobilier, sous prétexte qu'elle excède la
» quotité disponible, la dame Leroux ne peut la faire réduire
» que dans la limite de la quotité disponible la plus élevée,
» et non, comme l'ont dit les premiers juges, dans celle de
» la quotité la plus faible;

» Qu'en effet, d'après la raison d'analogie consignée dans
» l'art. 917 du même Code, l'héritier à réserve qui veut se
» soustraire à l'exécution de la volonté de son auteur, doit
» abandonner au légataire ou au donataire tout ce qui au-
» rait pu lui être légué ou donné; que conséquemment
» l'expertise doit, pour être complète, avoir pour objet de
» reconnaître si la rente viagère de 400 fr. et l'usufruit du
» mobilier excèdent ou non la valeur de la succession de la
» dame Papegay, et de dire, dans le premier cas, de combien
» cette rente doit être réduite; que ce mode de réduction a
» le double avantage de donner effet d'après les possibi-
» lités de la succession, et de ne pas changer la nature des
» biens donnés; met l'appellation et ce dont est appel au
» néant; émendant, etc., etc. »

On aperçoit la portée de cet arrêt. Une rente viagère donnée au mari survivant élève indubitablement le don au-dessus des forces de la quotité disponible. Il faut donc le réduire. Là-dessus deux questions: dans quelle mesure le réduira-t-on? et cette réduction s'opérera-t-elle en laissant au don

son caractère viager? Sur le premier point, le legs doit être réduit dans la mesure la plus forte autorisée par l'art. 1094; il est conforme à la volonté du défunt, qui a été jusqu'à dépasser la quotité disponible, de mettre son don en conformité avec le *maximum* dont cet article permet la disposition. On prendra donc pour base, non la moitié en usufruit, mais le quart en propriété et le quart en usufruit, qui procurent au donataire l'avantage le plus élevé. Mais on ne convertira pas pour cela un don de jouissance en un don de propriété, on lui conservera (et c'est le second point) sa nature originaire; car c'est une idée essentiellement juridique et morale que lorsqu'il s'agit d'un époux, il ne faut pas étendre le don de l'usufruit à un don en propriété, à moins que l'intention du disposant ne soit d'autoriser la conversion. Un époux qui ne donne qu'un usufruit n'est pas censé avoir voulu donner une pleine propriété. L'art. 917 ne saurait donc être appliqué. On réalisera la volonté du disposant par une attribution de jouissance; seulement, on aura soin que cette attribution s'élève à un chiffre qui soit un équivalent de la valeur que peut avoir le quart en propriété et le quart en usufruit.

Dira-t-on que ce système jette dans des expertises et des évaluations qu'il est dans l'esprit général du Code Napoléon de rendre aussi rares que possible, ainsi que le prouve l'art. 917 de ce Code? On ne le nie pas; mais qu'on demande aux réservataires s'ils n'aiment pas mieux souffrir les chances de ces expertises que de perdre une partie de la propriété, et l'on verra si leur réponse est douteuse. Quant au donataire, s'il venait à élever la voix, est-ce qu'on ne lui fermerait pas la bouche en lui opposant la volonté du disposant qui est sa loi suprême, et qui lui a refusé la pleine propriété? Tel est cet arrêt de Rouen; il est peu connu; je pense qu'il est de nature à faire des partisans à un système qui dénoue si ingénieusement toutes les complications de la question.

2575. Au reste, comme il arrive presque toujours que les difficultés dont nous venons de parler surgissent à l'occasion de dispositions que les époux ont faites avant la naissance des enfants, il est un moyen de les prévenir; c'est de formuler la libéralité de la manière suivante : je donne à mon conjoint tout ce dont je peux disposer. Il est vrai que le donateur s'engage par cette clause à quelque chose de plus qu'à un don d'usufruit, et que le survivant a droit à une fraction de pleine propriété. C'est au disposant à voir s'il lui convient d'aller jusque-là; ses affections et les circonstances sont son unique règle. Que s'il adopte cette formule, il arrivera ceci : ou le mariage sera stérile, et la libéralité embrassera la totalité des biens, pourvu qu'il n'y ait pas d'ascendants (1). Ou il naîtra des enfants, et alors le donataire aura droit à un quart en pleine propriété et un quart en usufruit. En effet, le disposant a manifesté la volonté de donner la plus forte des quotités déterminées par la loi. Il a voulu atteindre le maximum des libéralités permises. Il a voulu restreindre ses héritiers à ce qui est indisponible dans la succession.

Il en est de même si la donation est universelle : car, en donnant plus que la loi ne le lui permet, il a exprimé qu'il voulait donner au moins tout ce qu'elle autorise.

M. Grenier (2) avait d'abord pensé qu'en pareille occurrence, l'héritier aurait le choix de délivrer à l'époux survivant un quart en propriété et un quart en usufruit, ou simplement une moitié en usufruit. Cette opinion bizarre suppose que le donateur a confié à l'enfant lui-même le pouvoir de limiter ce qui doit appartenir à celui de ses parents qui survit. Elle a été du reste abandonnée par son au-

(1) *Supra*, n° 2555.
(2) 1re et 2e édit., n° 450.

teur, de même qu'elle a été rejetée par tous les jurisconsultes (1).

2576. Maintenant, en embrassant d'un même coup d'œil les deux cas où l'époux donataire se trouve en présence de réservataires enfants ou ascendants, on rencontre une question qui a partagé les esprits, et qui consiste à savoir si cet époux donataire d'un usufruit portant sur la réserve des héritiers, peut être dispensé de fournir caution.

L'ancien droit offre sur ce point des analogies décisives. Il considérait le douaire coutumier comme si favorable, qu'il n'assujettissait pas la femme à fournir caution, et ne lui demandait d'autre garantie que son serment (2), à cause de l'honneur que l'enfant doit à sa mère (3). Il est vrai que dans le cas où elle se remariait, elle était tenue de fournir caution (4). Mais on en sent la raison, puisque la veuve étant remariée n'est plus censée être de la maison de son premier mari, comme dit Coquille, et doit être tenue pour étrangère (5).

Il est vrai encore que, lorsque le don mutuel se faisait pendant le mariage, auquel cas il ne devait consister qu'en usufruit, le donataire était assujetti à l'obligation de donner caution (6), sans pouvoir en être déchargé par la donation (7).

(1) Grenier, n° 430, t. III, p. 440, édit. de M. Bayle-Mouillard; MM. Delvincourt, t. II, p. 65, note 3; Toullier, t. V, n° 867; Duranton, t. IX, n° 790; Coin-Delisle sur 1094, n° 10; Caen, 20 mars 1843 (*Palais*, 43, II, 826).

(2) Paris, art. 264. Etampes, 135. Mantes, art. 140. Orléans, art. 218. Nivernais, ch. 24, art. XI. Voy. Pothier, *du Douaire*, part. 1, art. 2, § 3.

(3) Coquille sur Nivernais, *loc. cit.*

(4) Paris, art. 264. Loisel; 1, 3, 40. Argou, 3, 10, p. 128.

(5) Sur Nivernais, *loc. cit.*

(6) Paris, art. 280. Orléans, art. 281.

(7) Ricard, *Don mutuel*, 207, 208. Rousseau de Lacombe, v° *Don mutuel*,

La raison en était que, pendant le mariage, les époux ne pouvaient se faire aucun avantage, et de peur que la dispense de fournir caution ne renfermât un moyen indirect d'éluder la prohibition, on les astreignait avec rigueur aux dispositions impératives de la coutume; on voulait qu'ils ne s'écartassent en rien des conditions précises qu'elle avait imposées, lorsque, par une exception spéciale à ses défenses, elle avait autorisé le don mutuel (1). Mais lorsque le don mutuel d'usufruit se faisait par contrat de mariage, il n'en était plus de même; la remise de caution était valablement stipulée (2). Loin de l'envisager alors d'un œil sévère, on la considérait comme une de ces stipulations libres et favorables qui assurent le sort du survivant; l'on ne voulait pas que les enfants vinssent se montrer plus défiants envers lui que le donateur ne l'avait été lui-même.

Sous le Code Napoléon il n'en saurait être autrement; les textes joignent leur autorité aux considérations morales sur lesquelles s'appuyait l'ancienne jurisprudence. Il ne faut même pas faire la distinction qu'elle faisait entre les donations par contrat de mariage et celles qui ont lieu pendant le mariage; notre article les met sur le même pied; il n'a pas contre celles-ci l'aversion de l'ancien droit coutumier. Le devoir des enfants sera donc de respecter une dispense que leur auteur a accordée dans sa sagesse à quelqu'un qu'ils doivent honorer. L'art. 601 du Code Napoléon est formel; il assujettit tout usufruitier à donner caution, à moins qu'il n'en ait été dispensé par l'acte constitutif de son droit. Il est donc permis d'accorder une remise de la caution par la donation. L'art. 1094 est gouverné par cette règle générale.

sect. 2, no 12. Ferrière sur Paris, art. 280 (Remarques qui précèdent le commentaire). Il cite Dumoulin sur le même article de l'ancienne coutume.

(1) L'annotateur de Ferrière sur l'art. 280, nos 18 et 19.

(2) *Id.* Ferrière, *loc. cit.*

La plupart des auteurs ont cru, cependant, que l'inviolabilité de la réserve doit faire admettre une exception à l'art. 601 du Code Napoléon. Ils craignent que la dispense ne soit un moyen indirect de l'altérer; ils veulent qu'une caution la protége contre la gestion infidèle ou négligente du survivant donataire (1).

Une telle opinion n'est pas soutenable. Sous prétexte de conserver la réserve, elle compromet la dignité des parents; elle suscite contre leur autorité de scandaleux procès; elle ne tient aucun compte des sentiments de famille, de l'honneur des père et mère et du respect que leur doivent les enfants. Quoi ! il faut supposer de plein droit non l'affection du survivant, mais son mauvais vouloir, non son esprit de conservation, mais sa mauvaise gestion! D'un père il faudra faire non un gardien de la fortune commune, mais un dissipateur ou un déprédateur ! Il faudra mépriser le jugement qu'a porté sur lui le donateur, et admettre de la part de ce dernier une connivence ou un aveuglement !! Il ne saurait en être ainsi.

L'art. 1094 permet de donner l'usufruit de la réserve, sans déroger à aucune des règles du droit commun. L'époux usufruitier n'est donc tenu à fournir caution que conformément à l'art. 601, c'est-à-dire à moins qu'il n'en ait été dispensé.

Où a-t-on vu, d'ailleurs, qu'en l'absence d'une caution le légitimaire soit exposé à perdre sa nue propriété, sans pouvoir y parer ? N'a-t-il pas la faculté d'empêcher l'usufruitier

(1) Proudhon, t. II, n° 824. Poinsot, *du Cautionnement*, n° 408. Zachariæ, t. II, § 226, p. 8. Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. II, p. 130, note 16. Marcadé, sur les art. 601 et 1094. Devilleneuve, 40, 2, 316, et 44. 2. 161. Gilbert, Cod. annoté, art. 601, n° 7. Bonnet, *Disp. par cont. de mar. et ent. ép.* t. III, n° 1046. Demolombe, t. X, no 493.

d'abuser de son droit, et de le faire même déchoir aux termes de l'art. 618 du Code Napoléon?

Il est une dernière considération. On sait que les père et mère sont de plein droit dispensés de donner caution pour l'usufruit légal. La loi s'inspire ici de l'inverse des présomptions sur lesquelles se fonde l'opinion que nous réfutons. Et l'on voudrait que lorsque c'est la volonté d'un époux qui gratifie l'autre, le donateur ne pût pas se laisser guider par ses bonnes pensées et rendre au donataire la justice que méritent son dévouement, son économie, et sa tendresse pour le propriétaire!

2577. La Cour de cassation s'est prononcée du reste dans le sens qui est le nôtre, et son arrêt du 17 mai 1845 (1) nous paraît devoir faire cesser une diversité de jurisprudence que l'on comprend à peine(2), et qui n'avait été entretenue que par les fausses doctrines des auteurs. En voici les motifs:

(1) Devill., 43, 1, 482. Dans l'espèce, le disposant avait légué l'usufruit de la moitié de ses biens à sa veuve, l'avait dispensée de donner caution, et était mort laissant quatre enfants.

(2) Dans le cas où les réservataires étaient des enfants.

Pour la validité de la dispense : Rouen, 13 juin 1840 (Devill., 40, 2, 316); Limoges, 8 août 1843 (Devill., 44, 2, 161), Paris, 2 mai 1845 (Devill., 45, 2, 353); Paris, 19 déc. 1846 (Devill., 47, 2, 107); Paris, 3 juillet 1847 (Devill., 47, 2, 600); Bordeaux, 12 avril 1851 (Devill., 51, 2, 527); Rouen, 2 février 1855 (Devill., 55, 2, 497); Paris, 7 avril 1858 (Devill., 58, 2, 521) et 21 mai 1859 (Devill., 59, 2, 319); Pau, 19 janvier 1860 (Devill., 60, 2, 366), V. aussi Dict. du notariat, 4e édit., vo *Usufruit*, no 370.

Contre la validité de la dispense : Paris, 9 nov. 1836 (Devill., 36, 2, 536); Rouen, 24 fév. 1842 (Devill., 42, 2, 250); Douai, 18 mars 1842 (Devill., 43, 2, 9); Rouen, 17 février 1844 (Devill., 44, 2, 127); Montpellier, 19 nov. 1857 (Devill., 58, 2, 611); Orléans, 23 fév. 1860 (Devill., 60, 2, 370).

Dans le cas où les réservataires étaient des ascendants.

Pour la validité de la dispense : Orléans, 19 déc. 1822 (Devill., 7, 2, 139).

Contre la validité de la dispense : Nancy, 21 mai 1825 (Devill., 8, 2, 79); Douai, 20 mars 1833 (Devill., 33, 2, 196); Toulouse, 27 nov. 1841 (Devill., 42, 2, 125).

« Attendu qu'une disposition testamentaire ne peut être » annulée ou considérée comme non écrite, que lorsqu'elle » est contraire aux lois ou aux bonnes mœurs ; attendu que » le § 2 de l'art. 1094 du Code civil autorise l'époux qui a » des enfants à disposer au profit de l'autre époux, soit d'un » quart en propriété et d'un quart en usufruit de ses biens, » soit de la moitié en usufruit seulement, et que cette dis- » position spéciale ne réglant pas les obligations de l'époux » usufruitier, on ne peut lui appliquer que les obligations » qui sont imposées à tous les usufruitiers ; attendu que » ces obligations sont déterminées par la disposition gé- » nérale de l'art. 601, qui porte que l'usufruitier donne » caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dis- » pensé par le titre constitutif de l'usufruit ; attendu que » l'art. 1094 du même Code déroge nécessairement à la » disposition de l'art. 913, qui fixe la portion réservée aux » enfants, puisque dans le cas où il existe trois enfants ou » un plus grand nombre, ces enfants ne peuvent pas re- » cueillir, au décès du prémourant de leurs père ou mère, » l'intégralité de la portion qui leur est réservée par ledit » art. 913 lorsque le père ou la mère prédécédé a usé de la » faculté qui lui est accordée par l'art. 1094; qu'ainsi, on ne » saurait rejeter l'application de l'art. 601, relatif à la dis- » pense de donner caution, sous le prétexte que cette dispo- » sition porterait atteinte à la réserve légale des enfants ; » attendu que, dans le silence de la loi, il n'est pas au pou- » voir des tribunaux d'annuler, sur des motifs plus ou moins » spécieux, la disposition testamentaire qui dispense l'époux » usufruitier de l'obligation de donner caution.... etc. »

2578. Disons, maintenant, un mot d'une question transitoire qui se rattache à la caution du survivant usufruitier. Lorsque le mariage et la donation d'usufruit entre les conjoints faite par contrat nuptial sont antérieurs au Code Na-

poléon, et se sont accomplis sous l'empire d'un statut qui dispensait de plein droit la veuve de fournir caution pour son usufruit, celle-ci doit profiter de cette dispense légale, bien que son usufruit se soit ouvert sous l'empire du Code Napoléon. Elle avait un droit acquis, dont elle ne peut être privée par la promulgation d'une loi nouvelle.

Peu importe que cet usufruit ait été constitué sur des biens à venir et soit par conséquent un droit éventuel. Il suffit que les dispositions contenues dans un contrat de mariage soient irrévocables pour qu'une loi postérieure respecte les espérances très-positives qui en résultent pour les parties.

C'est ce qui a été jugé par la cour de Bordeaux, le 29 avril 1809 (1). Dans l'espèce, le contrat de mariage de 1777 contenait donation à l'épouse de l'usufruit de la part du mari dans les acquêts futurs stipulés communs. Les parties étaient domiciliées dans le ressort du parlement de Bordeaux, et la jurisprudence de ce parlement dispensait la veuve usufruitière de donner caution.

2579. Ce que nous venons de dire de la dispense de donner caution, faut-il le décider de la dispense de faire inventaire? Nullement : l'art. 600 du Code Napoléon exige expressément que l'usufruitier ne puisse se mettre en possession des meubles et immeubles sujets à l'usufruit, qu'après avoir fait dresser un inventaire des meubles et un état exact des immeubles; cet article ne porte pas que le testateur ou le donateur pourra dispenser l'usufruitier de cette formalité, à la différence de l'art. 601, qui les autorise à le dispenser de fournir caution (2).

(1) Devill., 3, 2, 62. Dans le même sens, Bourges, 28 juin 1826 (Devill., 8, 2, 249).

(2) Pau, 24 août 1835 (Devill., 43, 1, 481).

Tout ce que peut faire et ordonner le donateur, c'est que les frais de l'inventaire ne soient pas à la charge de l'usufruitier ; pourtant, il ne pourra les mettre à la charge du réservataire qu'autant que cette dépense ne portera pas atteinte à la réserve (1).

2580. Jusqu'à présent, nous nous sommes borné à examiner la portion disponible entre époux au seul point de vue du concours du donataire survivant et des réservataires. Il faut maintenant étendre un peu plus notre horizon, et mêler à ce concours l'intervention d'une tierce personne qui serait donataire ou légataire du disposant, et qui, se prévalant de la quotité disponible de l'art. 913 du Code Napoléon, demanderait à la faire marcher d'accord avec la quotité disponible établie par l'art. 1094. Nous touchons ici à une des principales difficultés du commentaire de notre article. Elle se formule ainsi :

Le législateur, ayant fixé d'une manière distincte et séparée ce dont on peut disposer envers tout le monde et ce dont on peut disposer envers son conjoint, a-t-il permis au donateur d'épuiser par ses libéralités les deux quotités ajoutées l'une à l'autre et cumulées ? ou bien faut-il coordonnner et concilier les deux portions disponibles ? Dans quelle mesure doit s'opérer cette combinaison ?

2581. Ce n'est pas sur le cumul des deux portions que porte l'embarras. Ce cumul aboutit à des résultats si exagérés, qu'il tombe dans l'absurde. Ainsi, un père de famille qui aurait un enfant pourrait donner à un étranger la pleine propriété de la moitié de ses biens, plus à son conjoint la propriété d'un quart et la jouissance d'un autre quart. De telle sorte qu'il ne resterait à l'enfant pour sa réserve, que la nue propriété d'un quart de la succession pendant la vie

(1) Comparez Zachariæ, t. II, p. 8, note 4.

du survivant de ses père et mère. Il suffit d'énoncer de telles conséquences, pour en condamner le principe.

Pour comprendre que ce point ait été controversé (1), il faut se reporter aux antécédents législatifs de la question. Ce sont eux qui expliquent l'erreur que nous repoussons. En effet, il est certain que, sous l'empire de la loi du 17 nivôse an II, le disposant pouvait à la fois donner, au préjudice de ses héritiers réservataires, et le disponible ordinaire et le disponible particulier aux époux entre eux. Les art. 13 et 14 de la loi de l'an II fixaient la quotité disponible entre époux, qui ont des enfants de leur union (2), à moitié en usufruit; puis, l'art. 16 s'exprimait ainsi : « Les dispositions générales du présent décret ne font point obstacle » pour l'avenir à la faculté de disposer du dixième de son » bien si l'on a des héritiers en ligne directe, ou du sixième » si l'on n'a que des héritiers collatéraux, etc. »

Cette rédaction était claire. Son sens et ses effets le devinrent encore plus par cette réponse de la Convention (3), « qu'à l'avenir, à quelque titre que les dons fussent conférés, il n'y aurait qu'un dixième de disponible, si le testateur avait des enfants, ou le sixième s'il n'en avait point, » SAUF LES DONS ENTRE ÉPOUX. »

Et encore (4), « que le système restrictif (de l'art. 16) » n'était pas pour les dispositions entre époux, sauf la » réductibilité à l'usufruit de moitié, en cas qu'il y eût des » enfants. »

Enfin, l'art. 6 de la loi du 18 pluviôse an V statua formel-

(1) V. l'opinion de M. Leviguerie dans Benech, *ibid.*, p. 195. Arrêt d'Agen, 27 août 1810 (Devill., 3, 2, 345). Grenoble, 26 mars 1838 (Devill., 42, 1, 897).

(2) V. *supra*, n° 752.

(3) Décret du 22 ventôse an II, question sixième.

(4) Question sixième.

lement que « les avantages entre époux maintenus par les » art. 13 et 14 de la loi du 17 nivôse an II sur l'universalité » des biens de l'auteur de la disposition, ne s'imputeraient » pas sur le sixième ou le dixième déclaré disponible entre » toutes personnes par l'art. 16 de la loi. »

La réunion de ces textes ne permettait donc pas le doute. C'est pourquoi la faculté du cumul a été reconnue par la cour de cassation le 22 messidor an V (1). Elle n'avait pas de grands inconvénients; car l'exiguïté de la portion disponible ordinaire était telle que, réunie à la quotité spécialement autorisée pour le conjoint, elle ne causait pas de détriment injuste à la réserve des enfants.

Cet état de choses continua sous la loi du 4 germinal an VIII.

Cette loi, qui donnait une extension notable à la quotité disponible ordinaire, se terminait par un article ainsi conçu : « Il n'est pas dérogé par cette loi... aux lois antérieures qui concernent les dispositions entre époux. »

Mais ces précédents ne sauraient exercer d'influence sur le Code Napoléon.

La pensée du législateur se révèle dans la manière dont il fixe la portion disponible à l'égard de l'époux, quand le donateur laisse des ascendants. Le disponible au profit de l'époux se compose de ce qui est disponible au profit des tiers, plus une addition. N'est-il pas clair dès lors que si tel est l'état des choses à l'égard des ascendants, il doit en être de même dans le cas où il existe des enfants, et que la portion du patrimoine disponible à l'égard du conjoint doit, dans le système de la loi, se confondre, jusqu'à due concurrence, avec la portion du patrimoine dont on peut disposer à l'égard de tout le monde (2)?

(1) Devill., 1, 1, 177.

(2) MM. Toullier, t. V, n° 870. Coin-Delisle sur l'art. 1094, n° 14.

C'est, au surplus, ce qu'a très-bien jugé la cour de cassation, par un arrêt du 21 novembre 1842, qui a cassé un arrêt de la cour de Grenoble (1).

2582. Il existe cependant un arrêt de la cour d'Agen, du 27 août 1810, qui a consacré le principe du cumul des deux quotités (2).

Il s'agissait d'un père qui avait neuf enfants et qui, par testament, avait légué la moitié de tous ses biens en usufruit à son épouse et le quart, par préciput, en propriété à ses deux enfants mâles.

La cour décide d'abord qu'un père ayant plus de trois enfants peut léguer un quart en pleine propriété à l'un ou plusieurs de ses enfants; que, de plus, il peut laisser moitié en usufruit à son conjoint. C'est bien là le principe du cumul expressément consacré. Mais pour le rendre aussi léger que possible, la cour veut que l'usufruit de la femme se prenne aussi bien sur la portion disponible donnée aux deux enfants mâles, que sur la portion réservée. Par ce tempérament, elle dégrève la réserve d'une partie de l'usufruit, au lieu de la lui faire supporter en entier; ce qui devrait arriver si l'on admettait le cumul dans toute sa rigueur. Elle a pensé que l'usufruit du conjoint était une charge de la succession, et devait porter également sur le préciput et les parts des héritiers.

En conséquence, elle a décidé que sur les biens de la

Bayle-Mouillard sur Grenier, t. IV, p. 115. Delvincourt, t. II, p. 220. Duranton, t. IX, n° 787. Zachariæ, t. V, § 689, t. V, p. 208, note 12. Benech, p. 195.

(1) Devill., 42, 1, 897. Voyez une note de M. Devill. (44, 1, 70), de laquelle il résulterait que la cour de cassation a cassé l'arrêt de Grenoble sur une copie inexacte où le mot *propriété* avait été substitué au mot *nue propriété*. Cette même cour de Grenoble avait elle-même réprouvé le cumul par un arrêt du 10 avril 1812 (Devill., 4, 2, 280; Palais, 19, 287).

(2) Devill., 3, 2, 345. M. Benech, p. 186.

succession, estimés par experts, il serait délivré un quart par préciput aux enfants légataires, et que les trois autres quarts seraient partagés en neuf lots égaux et distribués aux neuf enfants du défunt; qu'enfin il serait délivré à la veuve en jouissance, sa vie durant, la moitié tant du préciput que des portions adjugées aux neuf enfants.

Mais ce tempérament manque de logique. Si le père peut épuiser les deux quotités, pourquoi amoindrir le préciput dont il a eu le droit de disposer pleinement? Il n'y a pas de milieu : ou regarder les deux quotités disponibles comme s'ajoutant l'une à l'autre, ou les confondre jusqu'à concurrence de ce qu'autorise la loi (1).

2583. Ceci posé, et le cumul devant être rejeté, voyons comment les deux quotités doivent se combiner pour ne pas porter préjudice aux réservataires.

La combinaison de ces deux quotités se présente dans deux hypothèses : la quotité disponible ordinaire dépasse celle qui est spécialement établie en faveur des époux; ou bien elle ne la dépasse pas. Elle la dépasse lorsque celui dont la succession se partage, n'a laissé qu'un enfant pour héritier réservataire. Il peut en effet donner à des tiers jusqu'à la moitié de son patrimoine d'après l'art. 913, au lieu que par l'art. 1094, il ne peut donner à son époux que le quart en propriété et le quart en usufruit, ou bien la moitié en usufruit. Au contraire, la quotité disponible ordinaire est inférieure à la quotité fixée part l'art. 1094, lorsque, par exemple, le disposant a laissé trois enfants ou un plus

(1) Je trouve encore un arrêt de la Cour de Riom, du 2 avril 1841, qui favorise le système du cumul des deux quotités, mais qui l'adoucit en faisant porter sur le legs du disponible ordinaire fait à un enfant, l'usufruit conjugal antérieurement constitué (Devill., 41, 2, 328 et suiv.). Cet arrêt, qui a été déterminé par des circonstances particulières dignes de considération, encourt, en droit, les mêmes reproches que l'arrêt d'Agen.

grand nombre. Il ne lui est permis de disposer à l'égard des tiers que du quart, tandis qu'il peut disposer en faveur de son conjoint d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit, ou bien de la moitié en usufruit.

Ces deux hypothèses ont donné naissance à des questions nombreuses. Nous allons en faire l'objet d'un examen attentif.

2584. Et d'abord, plaçons-nous au sein de la première hypothèse, et fixons les positions.

Presque toujours c'est par contrat de mariage que l'époux dispose de la quotité conjugale au profit du survivant. Lorsqu'ensuite il se voit père d'un seul enfant, ses affections peuvent lui conseiller de disposer au profit d'un tiers, ordinairement d'un agnat, de ce qui lui reste disponible sur la quotité ordinaire. Il le peut. Supposons qu'il ait donné à sa femme un quart en propriété et un quart en usufruit. Il est maître de donner le quart en nue propriété à son frère, que ses préjugés agnatiques l'induisent à avantager aux dépens de son fils ou de sa fille. La quotité conjugale dont il a usé en premier lieu doit s'imputer sur la quotité ordinaire; et comme celle-là est plus faible que celle-ci, l'époux conserve le droit d'épuiser par ses libéralités le restant de la quotité ordinaire, afin d'arriver au maximum de ce dont le droit commun lui permet de disposer.

Si, au contraire, l'époux a commencé par épuiser le disponible ordinaire au profit d'un tiers, il ne lui reste plus rien pour avantager sa femme. Le prêmier disponible, qui est le plus fort, a absorbé le second, qui est le plus faible.

2585. Il n'y a dans tout cela ni obscurité ni incertitude. Mais voici où commence la difficulté :

Supposons que l'époux ait, par son contrat de mariage, excédé au profit de sa femme les limites du disponible conjugal, de manière à lui donner des valeurs s'élevant au maxi-

mum du disponible le plus élevé. Lui sera-t-il permis plus tard d'opérer une sorte de réduction mentale de cette donation et de léguer à un tiers ce qu'il aurait certainement pu lui donner s'il s'était tenu dans les bornes du disponible conjugal ?

Précisons, par un exemple, notre question. Titius donne à Titia, par son contrat de mariage, dans le cas de survie, la moitié de tous ses biens. Plus tard, le mariage fait naître une fille. Titius réfléchit alors que, d'après l'art. 1094, son don ne peut excéder le quart en propriété et le quart en usufruit, et que par conséquent Titia a été gratifiée de quelque chose de plus que ne le permet la loi ; en conséquence, il lègue à son frère un quart en nue propriété, devant devenir un quart en toute propriété au décès de Titia. En sorte que, dans sa pensée, il n'enlève pas à sa fille plus que la moitié dont le droit commun lui permet de disposer librement. Cette combinaison est-elle régulière ? concilie-t-elle les droits de chacun ?

Au premier abord, une grave objection se tire de l'article 921 du Code Nap. Il porte, en effet, que « les donataires, les légataires du défunt ne peuvent demander la réduction, ni en profiter. » Or, dans l'espèce posée, le frère légataire profite de la réduction opérée sur l'épouse. Celle-ci était donataire de la moitié, et elle ne devait être réduite que dans l'intérêt de sa fille ; et néanmoins, voilà que ce n'est pas sa fille qui recueille le bénéfice de la réduction. C'est un légataire étranger qui vient porter atteinte à une donation irrévocable par sa nature, et qui n'est réductible que dans un intérêt autre que le sien.

Cette objection a paru si grave à la cour de Bordeaux qu'elle en a fait la base d'un arrêt dont voici l'espèce : Un sieur Dupeyron avait, par son contrat de mariage, donné à sa future épouse l'usufruit de tous les biens propres, tant meu-

bles qu'immeubles, qu'il délaisserait. Il avait toutefois ajouté que cette donation subirait les réductions voulues par la loi, dans les cas qu'elle détermine.

Il eut un fils né de ce mariage.

Il fit ensuite par testament un legs universel à un parent, et mourut avant sa femme. Il est important de remarquer que l'enfant réservataire garda le silence sur la donation faite à sa mère. Il n'en demanda pas la réduction.

Ce fut le légataire universel seul qui prétendit que, par la volonté même du défunt, la donation d'usufruit faite à la veuve était réduite à moitié des biens; que par conséquent son legs devait encore s'exécuter sur le complément de la quotité disponible, fixée par la loi à la moitié en pleine propriété quand il y a un enfant.

Mais cette prétention a été rejetée par le tribunal et, sur appel, par la Cour de Bordeaux (1) :

« Attendu que la donation de l'usufruit de l'entière succession équivaut à la donation de moitié en pleine propriété; qu'ainsi, la disposition contractuelle, faite par Dupeyron en faveur de son épouse, à complétement épuisé sa faculté de disposer; que dès lors, ses autres dispositions ne peuvent sortir à effet; que vainement le légataire objecte que l'enfant réservataire pourrait faire réduire la disposition contractuelle faite au profit de sa mère à une moitié en usufruit seulement, aux termes de l'art. 1894; ce qui laisserait une moitié en nue propriété pour la disposition testamentaire faite en sa faveur;

» Que l'action en réduction est toute personnelle à l'enfant réservataire, qui est libre de l'exercer ou d'y renoncer; que toute autre personne, soit créancier, soit légataire, ne peut, quel que soit son intérêt, ni l'exercer, ni même en profiter, quand elle est exercée....;

(1) 2 avril 1852; (Devill. 52, 2, 530).

» Que toute disposition entre époux excédant la quotité » prescrite par l'art. 1094 n'est pas nulle de plein droit.., » qu'elle est valable en son entier, sauf à subir, à l'avéne- » ment et dans l'intérêt des enfants qui pourraient survenir, » le retranchement que la loi permet de demander....;

» Que si le donateur ajoute que cette donation subira les » réductions voulues par la loi, dans les cas qu'elle déter- » mine, il ne fait qu'exprimer plus fort cette vérité : c'est » que cette disposition universelle et absolue dans son in- » tention ne pourra se restreindre que par l'exercice de » l'action en réduction dans le cas et sous les conditions » prescrites par la loi...., et uniquement dans l'intérêt » des enfants auxquels seuls l'action en réduction est ou- » verte;

» Qu'en fait, la réduction n'a pas été demandée et la dis- » position contractuelle a été exécutée pour le tout. »

2586. Cette solution qui paraît au premier coup d'œil parfaitement logique, perd, après un sérieux examen, toute son autorité. L'art. 921 ne saurait la protéger ; il n'est pas applicable à la matière qui nous occupe. En voici la raison.

L'art. 921 est édicté pour le cas où il n'y a qu'une seule quotité disponible. On conçoit qu'alors, on n'admette de réclamation contre les libéralités excessives, que de la part des réservataires ; eux seuls sont lésés. Ce qui est donné en sus du disponible est pris sur leur légitime, et c'est seulement à cause de cette inofficiosité du disposant, que sa libéralité, d'ailleurs irrévocable, est sujette à réduction. Les enfants ne font que réclamer en quelque sorte la restitution de ce qui leur appartient dans l'origine, et qui leur a été indûment enlevé. Ils sont donc fondés à élever la voix. Mais qui pourrait comprendre la plainte d'un tiers auquel le disposant ne devait rien ? Quel motif aurait-il de critiquer une

donation excessive faite avant la sienne? Est-ce que tout n'était pas disponible à son égard?

Il n'en est pas de même lorsque, comme dans la matière toute spéciale qui nous occupe, il y a deux quotités disponibles qui doivent se concilier. Quand le donateur se répand en libéralités exagérées sur le conjoint qui ne peut recevoir que dans une certaine limite, quand il lui donne plus que la loi ne permet de lui donner, quand, par exemple, il lui fait don de la moitié de tous ses biens, alors que l'art. 1094 ne permet de donner qu'un quart en propriété et un quart en usufruit, il empiète (notons bien ceci) non pas sur la réserve, mais sur la seconde quotité disponible, et c'est pour cette raison qu'on doit autoriser le donataire de cette seconde portion à réclamer pour faire cesser un tel empiétement. Nous disons que le donateur n'empiète pas sur la réserve; et en effet, dans l'espèce proposée, elle est de moitié, et nous supposons que l'enfant a sa moitié intacte. De quoi donc cet enfant se plaindrait-il, lui qui est rempli de sa légitime? Où serait l'intérêt qui pourrait motiver sa plainte d'inofficiosité? Nous ajoutons que le disposant a empiété sur la seconde quotité disponible, et rien n'est plus évident; car, sur quoi aurait-il commis cet excès de pouvoir, puisque la réserve demeure saine et sauve? Si donc il a donné à sa femme plus que le *maximum* autorisé par l'art. 1094, c'est parce qu'il l'a enrichie aux dépens de la seconde quotité disponible. Et comme le donataire étranger a intérêt à ce que son don sorte à effet, tout en respectant la réserve, il s'adressera à la femme, et il obtiendra au nom de l'art. 1094, au nom de la liberté du disposant, et de sa volonté expresse, que la libéralité dont il a été l'objet reçoive exécution jusqu'à concurrence de la plus haute portion disponible. L'époux, dans les hypothèses qui nous occupent ici, ne peut recevoir toute la quotité disponible ordinaire. Or, si le disposant la lui a

donnée, pourquoi ne pourrait-il pas lui retirer l'excédant? Pourquoi ne pourrait-il pas la donner à d'autres? N'est-il pas censé n'avoir donné que sauf la réduction que des événements ultérieurs et imprévus rendraient obligatoire?

On aperçoit donc pourquoi l'art. 921 n'est pas applicable à notre sujet; il suppose un dommage causé à la légitime, une diminution de la réserve qui doit toujours rester intacte. Ici, au contraire, la légitime n'est pas ébréchée, et toute plainte d'inofficiosité serait hors de propos. L'art. 1094 resterait sans valeur et comme une lettre morte, si le donataire de la seconde quotité disponible ne pouvait reprendre sur l'époux ce qui lui a été donné de trop. C'est à lui que la dodation excessive porte préjudice ; c'est sur son domaine qu'elle empiète. Il a donc action pour faire respecter l'usage que le donateur à fait, à son égard, de ce que l'art. 1094 rendait disponible entre ses mains (1).

Vainement dirait-on que, contre tous les principes, il profite de la réduction. Car c'est là une éclatante méprise. Profiter de la réduction, dans le sens de l'art. 921, c'est profiter de la réserve. Or, le second donataire ne profite ici que d'une partie du disponible ordinaire, laissée libre en sa faveur.

Il est vrai que ce résultat conduit à une singularité. C'est dans l'intérêt de l'enfant qu'il a été dit dans l'art. 1094 que l'époux ne pourrait recevoir toute la quotité disponible ordinaire. Il semble donc que ce serait l'enfant qui devrait profiter de la réduction; et pourtant on lui ferme la bouche; on lui dit qu'il est sans intérêt, et l'on fait tourner la réduction à l'avantage d'un tiers.

Nous répondrons qu'il n'est pas extraordinaire en jurisprudence de voir des personnes profiter d'une loi dont

(1) MM. Duranton, t. VIII, n° 327; Zachariæ, t. V, p. 168.

elles ne sont pas la cause première. La loi ne permet pas de donner tout le disponible à un époux. Mais puisqu'elle n'enlève pas au donateur le droit d'user de ce disponible d'après le droit commun, elle le laisse donc dans sa liberté à l'égard de tous autres. Or, cette liberté ne serait-elle pas un vain mot, si celui en faveur de qui il en use n'avait action pour la faire respecter dans son exercice légitime ? Est-ce que la volonté des mourants doit être foulée aux pieds ? Est-ce que, sauf les réserves, le patrimoine du défunt ne doit pas être partagé suivant sa suprême volonté ? Est-ce qu'il n'y a pas là un intérêt de premier ordre qui répond à toutes les objections ?

Maintenant, on essaye de se prévaloir de l'art. 923 du Code Napoléon, à défaut de l'art. 921 qui échappe, et l'on dit :

La dernière donation doit être réduite avant la précédente; on ne peut réduire celle-ci qu'autant que celle-là n'existe plus. Comment serait-il donc possible que, dans notre espèce, on opérât une réduction sur la première donation, afin de venir au secours de la seconde, laquelle, en droit, doit rester sans effet?

Mais cet argument n'a aucune force au fond. Nous tenons grand compte du principe posé par l'art. 923, et ce qui le prouve, c'est que nous commençons par réduire la seconde donation faite sur la seconde portion disponible (1). Seulement, comme la première donation prise sur la quotité disponible conjugale a indûment enlevé quelque chose à la quotité disponible ordinaire, nous en faisons la restitution à celle-ci. Nous appliquons donc l'art. 923; mais nous ne le faisons pas servir à augmenter la légitime et à restreindre la faculté de disposer (2).

(1) *Infra*, n° 2613.

(2) V. *infra*, n°s 2727 et suiv., une question analogue quand il s'agit d'un

2587. Dans l'espèce sur laquelle la cour de Bordeaux a statué, il y avait une raison particulière de décider dans notre sens. C'est que le donateur avait lui-même prescrit de réduire la donation qu'il faisait à la mesure fixée par la loi. La cour n'a pas attaché d'importance à cette clause. C'est se mettre trop à l'aise; car, par là, le donateur a déclaré vouloir se réserver de disposer au profit d'autrui de tout ce dont il n'aurait pas pu disposer au profit de son conjoint; il a voulu, en tant que de besoin, faire retomber sous sa main et en sa puissance ce qui serait enlevé au donataire. Est-ce qu'il était permis de passer devant cette volonté expresse, sans la respecter et lui donner appui?

Or, ce que le donateur avait hautement exprimé dans l'affaire de Bordeaux, il faut le sous-entendre dans tous les cas. Une telle pensée est dans la nature des choses. Elle ressort des situations; elle est commandée par la variété des événements qui pendant le mariage peuvent influer sur la capacité du donateur; elle répond aux désirs du père de famille qui attache un grand prix à la faculté de disposer de ses biens avec indépendance dans la plus large mesure possible.

2588. Au surplus, la jurisprudence paraît s'éloigner entièrement du point de vue de la cour de Bordeaux et favoriser l'opinion que nous venons d'exposer.

Passons les espèces en revue.

Un sieur Turle avait, par son contrat de mariage, fait donation à sa future épouse de l'usufruit de la totalité des biens qu'il laisserait à son décès.

Il lègue la moitié de ses biens à son frère. Il meurt laissant un fils pour héritier. Bientôt un débat s'élève entre

don fait à un second époux. On verra pourquoi nous donnons une solution différente.

l'épouse, l'enfant et le légataire, pour le règlement des droits respectifs.

Le tribunal de Gaillac décide que la veuve aura l'usufruit de la moitié de la succession, le légataire aura la nue propriété de cette moitié, et le fils prendra la pleine propriété de l'autre moitié. Son jugement est motivé avec force. Il constate que la donation faite à la femme contient en elle une cause de réduction, puisqu'elle excède les limites de l'art. 1094; qu'il faut la restreindre à des droits d'usufruit, puisque le donateur n'a pas voulu donner la propriété; que l'excédant doit être attribué dans les limites de la quotité disponible au frère; que la veuve ne saurait quereller le legs, puisqu'elle a ce que la réduction permet de lui laisser; que l'enfant n'est plus recevable à se plaindre, puisqu'il ne lui est dû que sa réserve légale, et qu'il la reçoit entière.

Sur l'appel, l'enfant se mit à l'écart, se tenant pour satisfait. La veuve seule soutint le débat. Mais la cour de Toulouse mit son appellation au néant, par arrêt du 1er février 1827 (1):

« Attendu que la dame Dèze, veuve Turle, reconnaît » elle-même que la donation à elle faite dans son contrat de » mariage doit être réduite à l'usufruit de la moitié des » biens de son mari; que l'enfant unique du sieur Turle » n'a droit de se plaindre des libéralités faites par son père, » qu'autant qu'elles ébrèchent sa réserve légale; que, dans » le partage tel qu'il a été ordonné par les premiers juges, » l'enfant reçoit son entière réserve, puisqu'on lui attribue » la moitié des biens de son père en toute propriété; qu'aussi » le tuteur spécial d'Emmanuel Turle (le fils héritier réser- » vataire) n'a pas relevé appel de cette décision; que le juge- » ment attaqué attribue d'un autre côté à la veuve tout ce

(1) Devill., 8, 2, 324.

» qu'elle demande et tout ce qu'elle a droit d'obtenir; que » dès lors son appel est sans griefs; qu'elle n'a aucune qualité, ni aucun intérêt pour se plaindre d'une décision qui » a respecté les droits de tous et particulièrement les » siens..., etc. »

2589. Mais voici un arrêt encore plus significatif, émané de la cour de cassation :

Par leur contrat de mariage de 1809, le sieur de Charentais et sa future épouse se sont fait une donation mutuelle au survivant d'entre eux de l'usufruit de tous les biens qu'ils laisseraient à leur décès.

Plus tard, une ordonnance royale du 7 décembre 1826 a érigé la terre de Charentais en majorat au titre de baron en faveur du sieur de Charentais et de sa descendance mâle, par ordre de primogéniture.

Le sieur de Charentais est décédé le 9 sept. 1846, laissant deux enfants, le fils majorataire et une fille, la dame Pavy.

La veuve déclare accepter la donation contractuelle réduite à moitié à cause des enfants; elle en paye les droits à la régie. Bientôt, elle intente une action en partage et déclare renoncer à son usufruit, même réduit à moitié, et cela pour faire valoir le majorat de son fils. Sa fille s'y oppose, elle proteste contre la renonciation de sa mère, soutenant qu'elle est tardive, et que d'ailleurs elle nuit à ses propres intérêts. Elle demande la nullité du majorat, en ce que la donation d'usufruit faite à sa mère par le contrat de mariage absorbait toute la quotité disponible, et n'avait laissé au père rien de libre.

Le notaire chargé de la liquidation crut devoir tenir compte de la renonciation. Il commença en conséquence par régler la portion des biens attachés au majorat. Cette affectation absorbant la quotité disponible ordinaire fixée par l'art. 913, il restreignit les droits de la dame de Charentais à l'usufruit d'un sixième de la succession.

La dame de Charentais et sa fille la dame Pavy attaquèrent cette liquidation. Elles soutinrent que la renonciation était nulle; que les avantages faits à la dame de Charentais ne laissant pas au majorat une dotation suffisante, le majorat tombait pour le tout; qu'ainsi, la seule libéralité à laquelle il fallait avoir égard était celle faite par le contrat de mariage en la réduisant dans les limites de l'art. 1094. Seulement, la dame de Charentais voulait que son usufruit fût converti en une attribution du quart en propriété et du quart en usufruit.

Saisi du débat, le tribunal de première instance de Tours déclara la renonciation de la dame de Charentais nulle et de nul effet; il examina en conséquence la portée de la donation contractuelle à elle faite; il pensa que l'usufruit réduit à moitié par l'art. 1094, équivalait à un quart en propriété; que par conséquent le majorat constitué ensuite au profit du fils, devait valoir jusqu'à concurrence de l'excédant d'un tiers sur un quart, c'est-à-dire sur un douzième de la succession.

Sur l'appel, arrêt de la cour d'Orléans du 4 août 1849 (1), qui mit l'appellation au néant.

Sur le pourvoi dirigé par la dame Pavy contre cet arrêt, on se fondait sur ce que l'usufruit donné à l'épouse avait absorbé la portion disponible; que le mari généreux envers sa femme, n'avait plus rien à donner ni aux étrangers ni à ses enfants. La dame Pavy se prévalait encore de la violation des art. 921 et 923 du Code Napoléon, en ce que l'arrêt attaqué pour réduire les donations qui entamaient la réserve, au lieu de faire porter la réduction d'abord sur le majorat qui constituait la libéralité la plus récente, l'avait fait porter sur la donation de l'usufruit de tous les biens, faite au pro-

(1) Devill., 50, 2, 202.

fit de la dame de Charentais qu'il avait réduite du tout à moitié. Mais la cour de cassation, le 12 janvier 1853, a rejeté le pourvoi, « attendu que l'enfant dont la réserve est » intacte n'a rien à débattre dans la question du mode de » réduction qui est suivi entre les donataires; qu'ainsi la » dame Pavy, qui trouve les moyens de se faire délivrer le » tiers composant sa portion légitime, n'a pas à argumen- » ter des art. 921 et 923 du Code Napoléon, ni à se plain- » dre de ce que ce n'est pas la plus récente des deux dona- » tions qui a été réduite la première (1). »

Cet arrêt est d'autant plus remarquable, qu'il est rendu précisément contre l'enfant. Il décide avec une grande netteté que quand l'enfant est rempli de sa légitime, il n'est pas fondé à empêcher le légataire de prendre sur la réserve ordinaire ce que la limitation de la réserve conjugale laisse disponible.

Il ne faudrait pas croire qu'il existe une doctrine contraire dans l'arrêt de la cour de cassation du 5 août 1846, que nous avons eu occasion de citer ci-dessus (2). Quand on examine de près cette décision, on en trouve facilement la clef. Tout ce qu'il entend décider, c'est que le légataire ne doit prendre ni au réservataire ni au donataire contractuel que ce qui est nécessaire, la réserve étant intacte, pour le remplir de ce qui lui a été donné, et qu'il ne doit profiter de rien au delà des limites de la libéralité. Dans l'espèce, l'arrêt attaqué avait attribué au légataire un émolument qui dépassait les bornes du legs dont il était gratifié. C'est en ce sens que la cour de cassation, cassant cet arrêt, a décidé qu'il ne devait pas profiter de la réduction, et rien n'est plus évident.

Il faut revenir sur les faits.

(1) Devill., 53, 1, 71.
(2) *Supra*, n° 929.

On se rappelle que, par contrat de mariage du 19 juin 1826, les époux Cassaigne s'étaient donné, à la condition de survie, l'usufruit d'une somme de 30,000 fr. De ce mariage était né un fils, Théophile Cassaigne. Décès de la femme Cassaigne en 1841. Par son testament, elle légua le tiers de sa succession à son père, le sieur Devaux.

Suivant ce dernier, la succession de la femme Cassaigne ne contenait, pour toute valeur, que les 30,000 fr. constitués en dot. Il attaque, en conséquence, le mari, en sa qualité de tuteur de son fils mineur, pour qu'il lui paye 10,000 fr. formant le tiers à lui légué, ou tout au moins 7,500 fr. formant le quart, avec les intérêts du jour de la demande. Pourquoi le quart? Le tribunal, qui adopte ce système va nous le dire : la donation contractuelle s'est forcément réduite à l'usufruit de la moitié des 30,000 fr. qui forment toute la succession de la défunte. Or, cet usufruit équivaut à un quart en propriété, eu égard à l'âge de Cassaigne et d'après une règle admise en jurisprudence. Donc, à l'époque de son testament, la dame Cassaigne n'avait à sa disposition que l'autre quart restant. Elle a pu en disposer au profit de son père.

Appel de la part de Cassaigne, tant pour lui que pour son fils mineur. Il soutient qu'on aurait dû lui attribuer un quart en propriété et un quart en usufruit, maximum de la quotité disponible fixée par l'art. 1094; que, dès lors, il ne revenait à Devaux qu'un quart en nue propriété.

Par arrêt du 2 février 1844, la cour d'Agen déclare que c'est sans doute avec raison que le tribunal a conservé au don fait au mari sa nature d'usufruit ; mais que rien ne l'autorisait à le convertir en propriété pour donner effet au legs Devaux, qui ne pouvait modifier en rien le don contractuel antérieur; que la succession, se trouvant absorbée d'abord par la réserve de l'enfant, ensuite par le don fait à Cassaigne pour l'usufruit de l'autre moitié, le legs du père ne pouvait

sortir à effet que pour la nue propriété de cette dernière moitié.

Pourvoi de Cassaigne, tant en son nom que comme tuteur de son fils mineur.

On a prononcé la réduction sur la demande d'un légataire qui, d'après l'art. 921 du Code Napoléon, ne pouvait demander cette réduction ni en profiter. Devaux ne pouvait demander qu'une seule chose, l'évaluation de l'usufruit. S'il était prouvé que le legs épuisait la quotité disponible, il n'avait rien à demander; s'il était inférieur, il pouvait demander le restant.

Or, le don universel d'usufruit des 30,000 fr. fait au mari équivalait au don de la moitié en propriété. Il suit de là qu'il ne restait plus rien pour le légataire. Donc, la cour ne lui a attribué quelque chose qu'en violant l'art. 921 et en lui donnant une action en réduction qui n'existe pas pour lui.

Il est à remarquer que le légataire qui, d'après le testament, n'aurait eu droit qu'au tiers, c'est-à-dire à 10,000 fr., reçoit un capital de 15,000 fr.

Enfin l'arrêt a privé l'enfant du bénéfice de l'art. 917, qui lui donne l'option d'exécuter l'usufruit ou d'abandonner la quotité disponible. Cet article est applicable à la matière des donations entre époux.

Sur quoi la cour, chambre civile, au rapport de M. Miller,

« Vu, etc., etc.

» Attendu qu'au moyen de la donation entre-vifs, portée au contrat de mariage, la dame Cassaigne n'a laissé dans sa succession que la nue propriété de la somme de 30,000 fr.;

» Que Devaux, en sa qualité de légataire, ne peut, aux termes de l'art. 921 du Code Napoléon, profiter de la ré-

duction de la donation, réduction qu'a seul droit de demander et d'obtenir l'héritier à réserve ;

» Qu'ainsi, quel que puisse être le règlement des droits entre cet héritier et le donataire contractuel, Devaux père, ne pourrait, en aucun cas, réclamer au delà du tiers de ce qui existe dans la succession, c'est-à-dire le tiers de la nue propriété de la somme de 30,000 fr. ;

» Attendu, dès lors, qu'en lui attribuant la nue propriété de la moitié de la somme, l'arrêt attaqué a expressément violé l'art. 921 du Code civil ;

» Casse, etc. »

On le voit : la cour d'Agen avait donné au père plus que ce que lui attribuait son legs, et la cour de cassation lui oppose l'art. 921, pour le forcer à rester tout au moins dans les bornes assignées par la testatrice à sa libéralité.

2590. Abordons, maintenant, la seconde hypothèse, celle où la portion disponible entre époux est supérieure à la portion disponible à l'égard des tiers. Nous avons dit que cette circonstance se rencontre lorsque le défunt a laissé trois enfants ou plus, ou des ascendants.

Et d'abord, au milieu des difficultés que soulève la matière, un premier point doit se dégager : c'est que les deux quotités des art. 913 et 1094 doivent se combiner ensemble et se fondre pour ainsi dire, et que, de cette réunion, le disposant peut faire sortir des libéralités et pour son épouse et pour des tiers, à la condition, toutefois, que chacun des bénéficiaires ne reçoive pas plus que ce qui est autorisé par la quotité qui lui est propre.

Par exemple, un époux ayant trois filles donne à son frère le quart disponible, pour le mettre mieux à même de soutenir le nom de la famille. Puis, voulant reconnaître les témoignages d'affection de sa femme, il lui lègue l'usufruit d'un quart. Par là se trouve épuisé le maximum des deux

quotités disponibles combinées. Le père a emprunté à l'article 913 le droit de donner le quart à son frère; il en a usé durement au préjudice de ses filles. Il a emprunté à l'article 1094 le droit de donner un autre quart en usufruit à sa femme; ce sont encore les filles qui en souffrent. Mais, en droit, il n'importe : il a pu faire coïncider ces deux sortes de dispositions.

2591. Là-dessus, M. Grenier a émis une opinion singulière. Il a prétendu que pour que le disposant puisse attribuer à son épouse le quart en usufruit qui, d'après l'article 1094, peut être donné en sus du quart disponible ordinaire, il faut qu'il ait commencé par lui donner ce quart disponible ordinaire. Le quart en usufruit est un accessoire inséparable du quart ordinaire; on ne peut les diviser, pour donner à un étranger le quart disponible et pour donner à l'époux le quart en usufruit.

L'art. 1094 a été fait pour le cas où la quotité ordinaire ne suffirait pas à l'esprit de libéralité dont un époux est animé envers l'autre. Pour qu'il soit applicable, il faut donc que la quotité ordinaire ait été épuisée au profit du conjoint et que le donateur ne soit pas encore satisfait de sa générosité.

En un mot, la quotité fixée par l'art. 1094 est une et indivisible; il faut la donner comme cet article le veut, c'est-à-dire tout entière à l'époux seulement, ou bien se restreindre à la quotité portée par l'art. 913.

Le simple exposé de cette doctrine suffit pour la faire repousser. Aussi, n'a-t-elle trouvé aucun appui dans la jurisprudence, et M. Grenier a fini par l'abandonner (1).

Il serait singulier, en effet, que celui qui peut donner le plus ne fût pas le maître de donner le moins. L'époux ne

(1) N° 584, t. IV, p. 100 et 101, édit. de M. Bayle-Mouillard.

perd pas, par son mariage, le droit de disposer de la partie libre de son patrimoine, ainsi qu'il le juge convenable. Le quart ordinaire ne saurait être enlevé au droit commun, et les réservataires n'ont aucune raison de se plaindre qu'il passe à un tiers, puisque le disposant n'a fait qu'user de son droit. Quant au quart d'usufruit, est-ce qu'il est raisonnable de venir dire que parce que la femme n'a pas la totalité du disponible, elle ne doit pas profiter de la fraction qui a été ajoutée en sa faveur, et qui la dédommage au moins en partie?

2592. Il n'en saurait être autrement, lors même que ce serait par un seul testament, et non par des actes entre-vifs et successifs, que le disposant aurait distribué ses libéralités.

A cela on objecte que puisque le disposant n'est lié par aucune libéralité antérieure, il a dû commencer par satisfaire son affection ou sa reconnaissance pour son conjoint; mais que, s'il vient en même temps faire un avantage à un tiers étranger, c'est en réalité ce dernier qui profite de l'extension de la quotité contenue dans l'art. 1094.

Il est facile de répondre que puisqu'il y a deux portions disponibles distinctes, le disposant a bien pu les distinguer. Or, ce qu'il a donné à l'étranger, il l'a pris sur le disponible ordinaire; ce qu'il a donné à son conjoint, il l'a pris sur le disponible conjugal, dans les limites de la loi. Chacun profite donc du disponible qui lui est assigné; chacun reste dans le cercle distinct qui lui appartient (1).

2593. La question peut cependant paraître plus délicate, au moins au premier coup d'œil, quand le réservataire est un ascendant. Il y a, en effet, dans l'art. 1094, des expressions qui, à défaut de bonnes raisons, pourraient faire suppo-

(1) Argument de l'arrêt cité au n° 2588.

ser que l'usufruit de la réserve disponible en faveur de l'époux ne peut lui être donné qu'autant qu'il a reçu en même temps tout le disponible ordinaire. « Il pourra disposer en faveur » de l'autre époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait » disposer en faveur d'un étranger, et, en outre, de l'usu- » fruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe la » disposition au préjudice des héritiers. » Ce sont ces mots « en outre » qui font la force de l'opinion qui veut que l'époux absorbe le disponible ordinaire pour pouvoir recueillir le disponible extraordinaire. On s'en prévaut pour soutenir que l'usufruit est un accessoire qui manque de base, s'il ne vient s'ajouter au disponible ordinaire reconnu insuffisant pour satisfaire l'affection conjugale.

Mais nous ne sommes pas touché de cette argumentation, qui repose sur le sens apparent des mots, et non sur leur sens réel. Le législateur s'en est servi pour montrer qu'en effet le conjoint peut être avantagé au delà de la limite ordinaire. Mais ils n'ont pas la force de priver le disposant de la faculté créée en sa faveur par le droit commun de faire des libéralités à des étrangers.

C'est, au reste, ce qui a été jugé d'une manière précise par la Cour de cassation, dans l'espèce que voici :

Un sieur Bonnemain avait donné par testament, à son épouse, la jouissance de son entière hérédité. Il avait institué, pour son héritière universelle, sa mère.

Il mourut laissant sa mère encore vivante.

Sur le partage, on soutint au nom de la mère : d'abord, que le défunt n'avait pas voulu léguer à sa femme l'usufruit de la réserve, et, de plus, que, l'eût-il voulu, il n'en aurait pas eu le droit; car ce n'était qu'après avoir épuisé, en faveur de sa femme, toute la portion disponible du droit commun, qu'il aurait pu lui faire l'avantage exorbitant de l'usufruit de la part réservée aux ascendants.

La Cour de Toulouse n'admit pas cette interprétation de l'art. 1094.

Sur le pourvoi en cassation, M. Delangle, alors avocat général, prêta l'appui d'une vive argumentation à la thèse soutenue dans l'intérêt de l'ascendant. Il invoqua l'expression « en outre » employée par l'art. 1094, pour en tirer la preuve que l'usufruit enlevé aux ascendants devait s'ajouter à des dispositions déjà faites au profit de l'époux dans les limites ordinaires; que cet usufruit n'était qu'un supplément établi pour permettre à l'époux de compléter son œuvre et de dépasser les limites où son affection se trouvait à l'étroit. « C'est en faveur du mariage, c'est à cause de l'époux, c'est » en raison de sa position, que le droit de l'ascendant a été » diminué. Et dès lors, n'est-il pas logique de conclure que » si le testament appelle un tiers à recueillir une partie des » biens, le cas prévu par la loi ne se rencontre pas; que la » réserve reprend toute sa force, l'art. 915 toute son » énergie, et que, si l'ascendant est contraint de s'humilier » devant l'époux, ce sacrifice ne lui est plus imposé envers » un étranger? »

Mais la chambre civile, contrairement à ces conclusions, a rejeté le pourvoi, par arrêt du 18 novembre 1840, « ...at- » tendu que l'extension de la faculté de disposer, donnée » (par l'art. 1094) à un époux en faveur de l'autre époux, » qui a pour objet de resserrer les liens de l'union conju- » gale, est toute personnelle à l'époux, et qu'aucun étranger » ne peut en profiter;

» Attendu toutefois qu'on ne saurait induire de là, que » l'époux qui dispose, en faveur d'un étranger, de la quotité » disponible déterminée par l'art. 915, et de l'usufruit de » la portion réservée aux ascendants en faveur de l'époux, » fait profiter l'étranger de l'extension portée en faveur de » l'époux par l'art. 1094, puisque l'étranger ne recueille » que le disponible de l'art. 915;

» Attendu qu'il ne résulte pas des termes dans lesquels » est conçu l'art. 1094, que l'époux ne puisse disposer en » faveur de l'autre époux de l'usufruit de la portion réservée » aux ascendants, qu'autant qu'il dispose en même temps, » en sa faveur, de la quotité disponible réglée par l'art. 915;

» Qu'il importe peu à l'ascendant que le défunt ait dis- » posé en faveur de l'autre époux tant de la quotité dispo- » nible que de l'usufruit de la réserve, ou qu'il ait disposé » en faveur de l'étranger de la quotité disponible, et en » faveur de l'autre époux de l'usufruit de la réserve, » puisque ces dispositions produisent à son égard les mêmes » effets, et que, soit par l'une, soit par l'autre disposition, » il se trouve privé de l'usufruit de la portion qui lui est » réservée (1). »

Il me paraît évident que là est la vérité, et que le système contraire prête à la loi des pensées imaginaires et des dérogations inadmissibles au droit commun.

2594. La même question s'était déjà présentée dans une hypothèse plus frappante encore, et avait reçu la même solution.

Un sieur Tardy, par son testament, institua son neveu héritier universel et légua à son épouse l'usufruit du quart réservé à sa mère.

Sa mère lui survécut. On pouvait trouver étonnant qu'il n'eût pas fait la modique libéralité qu'il destinait à sa femme plutôt au détriment de son légataire universel et sur la quotité disponible, qu'au détriment de son héritière à réserve. On pouvait, plus que dans toute autre hypothèse, regarder cette manière d'agir comme une déviation des volontés du législateur.

Néanmoins, la Cour de Lyon valida toutes les dispositions

(1) Devill., 41, 1, 90. Dalloz, 41, 1, 19.

du testament, et la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt, parce que « on ne peut combattre avec » des considérations un texte de loi qui ne présente ni doute » ni obscurité (1). »

2595. Tel est le point de droit; il ne faut s'en écarter que lorsqu'il résulte de la volonté du testateur que l'usufruit légué à l'époux en excédant du disponible ordinaire, ne doit pas peser sur la réserve, mais qu'il doit porter sur ce disponible et en diminution de son émolument.

Un sieur Troupel avait par son testament légué à sa femme une rente en denrées, payable par son hérédité, et à son fils aîné le quart par préciput de tous ses biens. Il mourut laissant sept enfants.

La question était de savoir si la pension léguée à la veuve devait être payée par le quart légué par préciput au fils aîné jusqu'à due concurrence, et en cas d'insuffisance, sur les revenus de la réserve; ou si, au contraire, cette pension devait peser sur le quart de la réserve dont l'usufruit était, aux termes de l'art. 1094, disponible au profit de l'époux et subsidiairement sur le quart légué à l'aîné des enfants.

Le 15 avril 1829 (2), jugement du tribunal de Villeneuve qui ordonna que la pension serait payée sur les revenus du quart préciputaire, d'après l'intention du testateur. Il est vrai que ce jugement ajoute une thèse de droit d'après laquelle il semblerait qu'en principe l'usufruit supplémentaire doit s'imputer sur le disponible ordinaire.

La Cour d'Agen, par arrêt confirmatif du 16 juin 1831, est entrée dans cette voie, qui n'est rien moins que légale, puisqu'en ce qui concerne cet usufruit la réserve ordinaire cesse d'être réservée. Mais ce qui sauve tout, c'est que la

(1) Arrêt du 3 janvier 1826. (Devill., 8, t. 252. *Palais*, t. XX, p. 4.).
(2) Devill., 31. 2, 324. *Palais*, t. XXIII, p. 1698.

Cour place particulièrement sa décision sous la protection de la volonté du disposant : « attendu que d'ailleurs il résul-
» tait des termes du testament, que telle avait été l'intention
» du testateur. »

2596. Maintenant qu'il est constant qu'en principe les deux quotités doivent se combiner et que l'art. 1094 ne paralyse pas l'art. 913, il faut voir de plus près comment ces deux quotités se marient l'une à l'autre, et dans quel ordre elles profitent aux bénéficiaires. On rencontre ici des complications délicates. Pour les aplanir, il faut distinguer trois cas :

1° La donation faite à l'époux est postérieure à la donation faite à l'étranger.

2° La donation faite à l'époux précède.

3° L'une et l'autre donations concourent dans le même acte ou produisent leur effet dans le même temps.

2597. Pour éclairer le premier cas, supposons que Titius, ayant trois enfants, donne à l'un par contrat de mariage le quart disponible de sa fortune, et qu'ensuite il fasse un testament dans lequel il donne à sa femme un quart en propriété et un quart en usufruit. Par ce qui précède, on a déjà pressenti la solution.

La donation du quart disponible, étant irrévocable, empêchera que le legs fait à l'épouse ne puisse sortir son entier effet. Mais cette dernière disposition ne sera pas inutile pour le tout ; car la loi favorise la femme d'une manière plus étendue que l'étranger ; elle permet de lui donner non-seulement le quart en pleine propriété, mais encore le quart en usufruit. Or, s'il faut retrancher de la disposition le quart en toute propriété qui a été déjà donné entre-vifs à l'un des enfants, rien n'empêche que le legs ne subsiste pour le quart en usufruit.

On se règle ici sur la quotité disponible la plus forte. On

ajoute au droit commun consacré par l'art. 913, le droit personnel et exceptionnel consacré par l'art. 1094.

La raison en est qu'il s'agit de fixer le sort d'une disposition faite au profit de l'épouse, et que c'est l'art. 1094 seul qui est appliqué à ce cas privilégié (1).

2598. Que si, par exemple, le défunt, qui laisse trois enfants avait donné un tiers ou l'équivalent du tiers de ses biens à un étranger, puis ensuite avait fait une libéralité en usufruit à son conjoint, il faudrait réduire la donation de l'étranger au quart du patrimoine, et exécuter le don fait au conjoint jusqu'à concurrence d'un quart en usufruit. Nous avons prouvé précédemment que lorsqu'il y a deux quotités disponibles, la réduction qu'on ferait subir au donataire de la première pour le restreindre aux limites de ce qu'il pouvait recevoir, n'empêche pas le donataire postérieur de la seconde, en faveur de qui la quotité disponible est étendue par la loi, de prendre dans cette seconde quotité ce dont la loi lui permet de bénéficier (2).

2599. Venons à notre deuxième hypothèse. Il faut supposer que la donation faite au conjoint est entre-vifs et même par contrat de mariage, c'est-à-dire irrévocable, et qu'elle est antérieure à la disposition faite au profit de l'étranger.

Titius donne à Livia sa femme, par contrat de mariage, le quart des biens qu'il laissera à son décès en pleine propriété, et il meurt, laissant trois enfants et un testament par lequel il donne à Caïus l'aîné la portion disponible.

Caïus consent à ce que son legs éprouve une réduction ;

(1) MM. Toullier, t. V, n° 871. Duranton, t. IX, n° 764. Delvincourt, t. II, p. 221. A. Dalloz, v° *Portion disponible*, n°s 269 et suiv. Proudhon, t. I, n° 360. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. IV, p. 117, 3°. Zachariæ, 689, t. V, p. 209, note 15, *Junge*, argument des arrêts rapportés *supra*, n°s 2593 et 2594.

(2) V. *supra*, n°s 2586 et suiv.

mais il soutient qu'il n'est pas inutile pour le tout et qu'il doit comprendre au moins un quart en usufruit. Car la quotité disponible la plus forte d'après l'art. 1094 est un quart en pleine propriété et un quart en usufruit. Titius n'a disposé que d'un quart en pleine propriété; il restait encore de libre, dans ses mains, l'autre quart en usufruit. Titius pouvait donc donner ce quart à Caïus, de même qu'il aurait pu le donner à son épouse.

Plusieurs auteurs ont autorisé cette prétention. « Les dispositions, dit M. Zachariæ, faites par l'un des époux soit » au profit de son conjoint soit au profit d'autres personnes, » doivent être maintenues tant dans l'intérêt de ces dernières que dans celui du premier, toutes les fois que l'ensemble de ces dispositions ne dépasse pas le disponible » exceptionnel et que celles de ces dispositions qui ont été » faites au profit de tiers n'excèdent pas le disponible ordinaire (1). »

Mais il n'est pas possible d'admettre un tel système. Sans doute la portion déterminée par l'art. 1094 permettait au père la disposition du quart en pleine propriété et du quart en usufruit; sans doute, au lieu de se borner à donner à sa femme un quart en pleine propriété, il aurait pu y ajouter un quart en usufruit; mais il s'en est abstenu, et ce quart en usufruit, qui n'était disponible qu'en faveur de sa femme, il n'a pu le donner à d'autres. C'est un privilége personnel qui ne peut être communiqué à qui que ce soit, sans violer la lettre et l'esprit de l'art. 1094. Caïus ne peut donc avoir aucune prétention fondée sur ce quart. Il ne peut puiser ses droits que dans l'art. 913; or, cet article ne permet au père

(1) Zachariæ, § 689, t. V, p. 209, n° Toullier, t. V, n° 871 *bis*. MM, Dalloz, v° *Disp. entre-vifs et test.*, t. VI, p. 268, n° 8. Delvincourt, t. II, p. 221. Paul Pont, *Rev. de législ.*, t. 16, p. 215, et t. 19, p. 260.

de famille de disposer, en faveur d'un ou plusieurs de ses enfants ou d'un étranger, que d'un quart en pleine propriété, lorsqu'il laisse trois enfants ; et comme ce quart a déjà été donné entre-vifs et irrévocablement à l'épouse par une disposition qui, bien que puisée dans l'art. 1094, réfléchit sur le droit établi par l'art. 913 et l'absorbe dans son entier, il s'ensuit que le legs fait en faveur de Caïus est caduc pour le tout. Le père de famille avait épuisé, par son contrat de mariage, la portion disponible à l'égard de ses enfants (art. 925 C. Nap.). Admettre les enfants à prendre, à la suite de l'épouse, la quotité disponible supplémentaire fixée par l'art. 1094, c'est faire participer ces mêmes enfants à ce que la loi ne donne qu'à l'épouse.

On objecte que les enfants non avantagés ne pourraient se plaindre d'un tel arrangement, puisqu'il leur importe peu que le père ait donné à un de ses fils ce qu'il pouvait donner à sa femme. Ils ne sont pas lésés, dit-on, par la manière dont le disponible est distribué, pourvu que la quotité la plus forte ne soit pas excédée et que chacun des bénéficiaires en particulier ne reçoive pas plus que la loi ne le permet. Tout à l'heure on établissait très-bien (1) que si la libéralité faite au tiers est la première en date, le conjoint peut recevoir ensuite tout le complément de la quotité de l'art. 1094. Pourquoi en serait-il autrement dans l'espèce actuelle ? Est-ce l'ordre dans lequel des dispositions sont faites qui doit décider de l'étendue du disponible ?

Nous répondons : l'ordre des dates est de grande considération quand il sert à préciser les faits et le droit qui s'y attache. Dans combien de cas le droit ne dépend-il pas de la date ? N'est-ce pas une règle triviale en jurisprudence que *potior tempore, potior jure ?* Il ne faut pas mépriser l'argu-

(1) N° 2597.

ment qui se tire de l'ordre chronologique des dispositions.

Or, qu'a fait le père par sa première disposition? Il a épuisé le disponible de l'art. 913, en même temps qu'il a usé de l'art. 1094. Il est vrai que, quoiqu'il le pût, il n'a pas tiré de l'art. 1094 tout ce qu'il en pouvait tirer. Il a fait comme si l'art. 1094 ne lui permettait pas plus que l'article 913; et en effet, dans sa pensée, il n'avait pas besoin de l'extension de l'art. 1094, puisqu'il ne voulait donner à son épouse que le quart disponible ordinaire. Il n'en est pas moins vrai que ce quart disponible n'existe plus. Il a reçu une destination définitive. Par le même acte le disposant l'a épuisé; en le donnant à sa femme en vertu de l'art. 1094, il s'est virtuellement interdit de le donner à ses enfants en vertu de l'art. 913.

Plus tard, il se ravise; il veut étendre ses dispositions. Sans doute, il le peut si c'est en faveur de sa femme que son cœur élève la voix; il peut lui donner encore un quart en usufruit. Mais point du tout : à ce second moment, il ne veut pas plus étendre son bienfait pour elle qu'il ne l'a voulu dans l'origine. C'est pour son enfant qu'il veut disposer de ce quart en usufruit qui n'est disponible qu'en faveur de sa femme. Comment le pourrait-il? Est-ce que c'est en faveur de l'enfant que cette extension de la quotité disponible a été établie? Est-ce qu'il n'entame pas la réserve de ses autres enfants par la communication d'un privilége que sanctionne seul la tendresse conjugale?

On voit par là quel jour l'ordre des dates jette sur les actes et sur leur qualification. C'est à la lueur des dates qu'on aperçoit ce détour du disposant qui transfère à des tiers un privilége qu'il n'a pas le droit de leur transférer. Non, répétons-le, il n'a pas le droit de faire cette transmission; car lorsque la loi concède une faveur, il faut en user de la ma-

nière voulue par elle; l'étendre, c'est la corrompre; la communiquer à d'autres, c'est léser les droits d'autrui.

Enfin, il est une dernière observation. De quoi s'agit-il ici ? d'une libéralité en usufruit faite à un enfant. Il importe beaucoup au nu-propriétaire que le droit d'usufruit soit placé sur la tête de la personne légale plutôt que sur celle d'une personne qui n'y a pas droit. La loi a permis de prendre un quart en usufruit sur la réserve pour en gratifier le conjoint survivant, c'est-à-dire quelqu'un qui a une génération de plus d'existence que les enfants réservataires. Si vous démembrez de la réserve l'usufruit d'un quart pour l'attribuer à l'un des enfants, vous constituez un droit beaucoup plus durable, puisque la tête est beaucoup plus jeune. Vous causez donc à la réserve un préjudice plus considérable que celui prévu par le législateur. De plus, un droit d'usufruit fournit un revenu, un moyen d'existence. Il a un caractère souvent alimentaire. Donné à l'époux, il dispense les réservataires de fournir des aliments à celui à qui ils en doivent quand il se trouve dans le besoin. Ceux-ci trouvent dans l'affranchissement de la dette alimentaire une compensation à la diminution de leur réserve. Si au contraire vous donnez cette même quote d'usufruit à un tiers ou à un enfant, les réservataires n'ont plus la même raison pour supporter cette charge. Vous troublez l'économie des dispositions de la loi (1).

2600. Cette première espèce expliquée, il faut nous acheminer vers une seconde qui s'en distingue par quelques nuances et qui a été le sujet d'interminables dissertations dans lesquelles les auteurs se sont escrimés, mais dont on commence à ne plus tenir grand compte dans les tribunaux.

(1) *Junge* M. Benech, *De la quotité disp.*, p. 260 et suiv. Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, n° 358. Marcadé sur l'art. 1100, 357, 358. M. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. IV, p. 122.

Supposons que Titius donne à Livia, sa femme, par contrat de mariage, non plus un quart en pleine propriété, mais l'usufruit de la moitié des biens qu'il laissera à son décès. Il meurt ayant trois enfants. Par testament, il a légué à Caïus l'aîné sa portion disponible.

Caïus prétend à un quart en nue propriété. Les autres enfants soutiennent que moitié en usufruit équivaut à un quart en propriété, que la quotité disponible ordinaire est épuisée, que le legs fait à l'un des enfants est caduc.

Cette question est d'un intérêt usuel, à cause des nombreux contrats de mariage dans lesquels les époux se font un don en usufruit sous condition de survie. Elle s'est souvent présentée, et les arrêts de la cour de cassation dont elle a été l'objet, ont heureusement fixé les idées et dissipé l'obscurité des controverses.

Avant tout, faisons ressortir la différence qui existe entre notre espèce et celle qui précède.

En premier lieu, nous trouvons ici un don d'usufruit dont la valeur n'est pas fixe par elle-même et varie suivant l'âge de la personne. Pour équilibrer ce don avec ceux qui le suivent, il faut l'estimer, ce qui n'a pas besoin d'être fait dans le cas précédent. En général, on tient que l'usufruit vaut la moitié de la propriété. L'usufruit d'un tout est évalué, sauf les circonstances particulières, à la moitié en propriété; l'usufruit de la moitié est estimé au quart. La jurisprudence est féconde en arrêts qui ont adopté cette base. On la trouve partout (1), et les décisions qui vont suivre lui donnent une nouvelle autorité (2).

En second lieu, on se rappelle que le quart en usufruit

(1) Devill., 3, 2, 90. Conclusions du procureur général près la cour de Toulouse.

(2) *Infra*, n° 2604.

portant sur la réserve reposait tout à l'heure sur la tête d'un autre que l'époux survivant, et nous avons vu que les réservataires en éprouveraient un préjudice. Dans l'espèce actuelle, c'est l'époux survivant qui est appelé à jouir du quart prélevé sur la réserve conformément au vœu du législateur.

Mais cette nuance n'offre aucune importance, et notre solution ne doit pas varier.

La raison en est simple.

Qu'a fait le disposant? du même coup il a épuisé le disponible conjugal et le disponible ordinaire. D'une part, il donnait à son conjoint l'usufruit de la moitié, c'est-à-dire qu'il lui a donné l'un des deux *maximum* établis par l'art. 1094. D'autre part, comme cet usufruit équivaut en général au quart en propriété, il a consommé le pouvoir qu'il tenait du droit commun pour avantager un étranger. Car un père de trois enfants n'a de liberté que jusqu'à concurrence du quart de ses biens. Ici ce quart (ou l'équivalent) a été donné au conjoint. Donc le legs fait à l'enfant tombe dans le vide; il ne peut saisir rien de libre dans le patrimoine du défunt. C'est absolument la même situation que dans l'espèce précédente.

2601. Quelque évidente que soit cette conclusion, elle a trouvé des objections dans un certain nombre d'esprits. Ils se sont souvenus que sous l'ancien droit, le douaire et autres gains de survie analogues, tant en pays de coutume qu'en pays de droit écrit, n'étaient pas réductibles pour fournir les légitimes (1); car ces gains de survie étaient considérés comme une dette contractée en faveur de la femme par le mari, qui est obligé d'assurer sa subsistance

(1) Pothier, *Du douaire*; il cite un arrêt du parlement de Paris du 27 mars 1629. Boucher d'Argis, *Gains de survie*, ch. 18. — M. Merlin, Répert., vo *Légitime*, sect. 8, § 2, art. 1, *quest.* 1 et *quest.* 6 et 7.

en cas qu'elle lui survive (1). De là, ils ont été conduits à penser que les dons d'usufruit faits par contrat de mariage, sous le Code Napoléon, doivent se rapprocher autant que possible de cette jurisprudence; qu'ils sont plus favorables que les réserves, et qu'il ne faut pas trop s'effrayer s'ils diminuent la légitime des enfants; que pour les rendre plus fréquents dans le mariage, il faut les concilier dans la mesure de la quotité disponible la plus large, avec le droit de disposer si précieux pour le père de famille (2).

Puis, ils ont dit : Pourquoi convertir le don d'usufruit en propriété? Pourquoi ne pas l'accepter tel qu'il a été fait? Il ne peut y avoir d'utilité à évaluer l'usufruit en propriété que lorsque la donation en usufruit excède la quotité disponible; mais quand le donateur donne un usufruit qui ne dépasse pas celui que la loi lui permet de donner, il ne faut pas dénaturer la disposition. On a vu, par l'art. 917, la répugnance du législateur à se jeter dans les estimations d'usufruit (3).

Ceci posé, continue-t-on, il est un moyen bien simple de tout concilier. La moitié en usufruit est disponible en faveur de l'époux. De cette moitié, qu'on fasse porter un quart sur le disponible ordinaire, et l'autre quart sur la réserve (4). Par là, le disposant se sera réservé un quart en nue propriété sur le disponible, pour en disposer ensuite au gré de ses affections.

Pourquoi s'étonnerait-on de ce résultat? On consent à laisser le père cumuler les deux disponibles, de manière à

(1) Pothier, *loc. cit.*

(2) M. Benech, p. 48 et suiv.

(3) Voyez un jugement du tribunal de Lectoure du 7 juin 1850, mis au néant par arrêt de la cour d'Agen du 7 janvier 1852. (V. *infra*, p. 443. note 2, les arrêts rapportés sur la question.)

(4) Jugement précité du tribunal de Lectoure.

atteindre le chiffre le plus élevé, quand la libéralité faite à l'enfant ou à un étranger précède celle faite à l'époux. Qui empêche qu'il en soit de même quand celle-ci est antérieure à celle-là? Et, revenant alors à l'objection tirée de l'insignifiance des dates, on demande s'il faut faire dépendre des restrictions aussi graves à la faculté de disposer, d'une date sans valeur? Est-ce que l'affection du père ne réunit pas dans un même sentiment ce que le hasard a séparé (1)?

Et puis, s'il est vrai que, dans l'intérêt des mariages, il faille favoriser les libéralités entre époux, il faut, dans l'intérêt de la puissance paternelle, ne pas priver le père du droit de disposer en faveur de ses enfants. Quand un homme, en se mariant, se borne à donner à son épouse un simple usufruit pour gain de survie, c'est qu'il s'est implicitement réservé le droit de disposer d'une portion de la propriété quand il sera devenu père. Si on lui enlève ce droit, on dégoûtera des donations portant gain de survie; on les environnera d'inconvénients qui empêcheront l'usage de dispositions aussi utiles au bien de la famille et à l'honneur du mariage.

Toutes ces raisons et ces considérations ne nous semblent pas de nature à faire impression, et il ne faut pas s'étonner si elles ont échoué dans la jurisprudence qui devient de jour en jour plus dominante dans les tribunaux.

2602. Et d'abord, l'affection conjugale étant antérieure à l'affection paternelle, il ne faut pas craindre que ceux qui contractent mariage sacrifient le soin de leur avenir à cause des gênes qu'ils pourront éprouver plus tard pour gratifier des enfants qui ne sont pas encore nés. Dans l'ordre

(1) Devill., *Observat.*, 7, 1, 363. Grenoble, 13 décembre 1843. (Devill., 44, 2, 100. *Palais*, 44, 1, 705. Dalloz, 44, 2, 93).

de la nature, les futurs accordent au mariage les avantages pécuniaires auxquels il a droit pour l'intérêt de la famille et de l'État. Ils se déterminent par les sentiments du moment, par les convenances réciproques, et par les influences de la position sociale. C'est par ces avantages que les époux ont pu contracter une meilleure et plus honorable alliance et fonder un établissement plus considérable et plus digne. Y a-t-il lieu de s'en plaindre au nom des enfants? Au contraire, ils doivent rendre grâces à ces pactes matrimoniaux qui ont favorisé l'union d'où ils sont sortis, et à l'ombre de laquelle ils ont le bonheur de vivre. Si l'affection paternelle trouve dans les libéralités conjugales un obstacle à son exercice envers ceux qui en sont issus, il ne peut y avoir de dommage pour ces derniers, qui recueilleront dans la succession de leurs auteurs ce dont ils sont privés. Il est vrai que le père a diminué son pouvoir coercitif et qu'il lui est plus difficile de récompenser et de punir : ce sera à lui à veiller de plus près sur le moral de ses enfants pour obtenir par l'éducation ce qu'il est toujours pénible d'obtenir par la contrainte ou la menace. Il est certain d'ailleurs que la plupart de ceux qui donnent à un enfant le quart disponible, à l'exclusion des autres, obéissent moins à des nécessités d'intimidation et de correction qu'à des préférences agnatiques, au désir de favoriser un fils plus qu'une fille, au préjugé qui place l'aîné au-dessus du cadet. Je ne vois donc pas un mal immense dans une situation qui maintient l'égalité entre enfants et rend plus difficile l'exercice du pouvoir qui permet de la briser. Les faiseurs d'aînés et les contempteurs des filles peuvent s'en plaindre. Nous nous en affligeons moins, en considérant que ce qui a été enlevé aux rigueurs paternelles a été donné à l'affection conjugale.

On argumente de la faveur donnée par l'ancienne jurisprudence aux douaires et autres gains analogues. Mais le

Code Napoléon n'a-t-il pas établi là-dessus un droit tout nouveau? Par quelle aberration s'applique-t-on à interpréter la loi nouvelle par l'esprit d'une législation abrogée en connaissance de cause? Où a-t-on vu que le Code Napoléon considérât les donations par contrat de mariage comme une dette véritable? Qui ne voit en elles des libéralités? Et comment dès lors pourraient-elles avoir préférence sur la légitime? Qui oserait enseigner sous le Code que les donations par contrat de mariage ne sont pas réductibles pour former la réserve?

2603. Quant aux motifs tirés du fond du droit, nous ferons remarquer que cette conversion de l'usufruit dont on s'effraye, n'est que fictive. Elle ne vient pas changer la nature du don; elle ne fait qu'en rechercher l'étendue; elle est un moyen de savoir si la quotité disponible a été ou non dépassée, c'est un simple calcul et non une transformation.

Ce calcul gêne et embarrasse le légataire, parce qu'il permet de mettre le doigt sur le côté faible de sa prétention; voilà pourquoi il s'efforce de le repousser. Mais la vérité veut qu'on y regarde aussi près que possible, et le calcul en question est le seul moyen de savoir exactement ce qui est libre et ce qui ne l'est pas. Il faut donc en passer par ces résultats.

On aimerait mieux le commode arbitraire au moyen duquel on morcelle la disposition, afin d'en porter une fraction sur le disponible ordinaire et une autre portion sur le disponible conjugal; moyennant quoi on trouve pour le légataire un quart en nue propriété. Mais ce fractionnement est en contradiction avec l'intention du disposant et avec toutes les présomptions et vraisemblances. Quoi! le disposant a donné par contrat de mariage la moitié de ses biens en usufruit, et l'on voudra que ce ne soit pas là l'usage de la faculté établie par l'art. 1094!! On ira faire une imputation

partielle sur le disponible ordinaire auquel le disposant n'a pas songé, plutôt que d'imputer la libéralité tout entière sur le disponible de l'art. 1094 auquel elle s'adapte si naturellement!!

Cela ne veut pas dire que le disponible de l'art. 913 demeurera libre entre les mains du disposant; il est épuisé par l'usage de l'art. 1094, qu'il faut combiner avec l'art. 913; car on sait que les deux disponibles doivent se concilier. Il n'y aurait lieu à un emploi du disponible ordinaire qu'autant que la donation matrimoniale serait restée au-dessous du quart. Ici, au contraire, elle l'absorbe. Que reste-t-il donc pour les prétendants au quart disponible ?

Quant à l'ordre des dates si vivement critiqué par les adversaires, nous ne répéterons pas ce que nous avons dit ci-dessus (1). Il classe les libéralités; il les échelonne; il aide à distinguer ce qui a été employé de ce qui reste libre, et comme il porte la clarté là où on voudrait de la confusion, on jette les hauts cris sur le matérialisme de ce moyen. Nous y tenons cependant, parce qu'il met la précision à la place d'un vague capricieux.

Il est donc clair que le quart de la nue propriété qu'on voudrait donner au légataire, ne lui appartient pas. On ne peut le lui attribuer qu'en se servant du droit du conjoint.

2604. Il y a du reste peu des questions sur lesquelles la jurisprudence de la cour de cassation ait eu plus de constance et d'uniformité, et cette jurisprudence a été le rempart contre lequel sont venues sans cesse se briser les idées que nous combattons (2). Quelques cours se sont pourtant laissé sur-

(1) N° 2599.

(2) Req., 7 janvier 1824 (Devill., 7, 1, 363). Rej., 21 mars 1837 (Devill., 37, 1, 273). Cassat., 24 juillet 1839 (Devill., 39, 1, 633), et dans la même affaire, Req. 22 novembre 1843 (Devill., 44, 1, 70). Cassat., 24 août 1846 (Devill., 47, 1, 39; *Palais*, 47, 1, 52) portant cassat. d'un arrêt de Lyon du

prendre (1). Mais elles reviennent peu à peu (2) et nous n'hésitons pas à croire à la fin non éloignée d'un débat qui ne

16 mars 1842. Cassat., 27 décembre 1848, deux arrêts le même jour (Devill., 49, 1, 80). Cassat., 7 mars 1849, deux arrêts le même jour (Devill., 49, 1, 338 et 339). Second pourvoi dans une de ces deux affaires, rejeté le 11 janvier 1853, req. (Devill., 53, 1, 728). Cassat., 2 août 1853 (Devill., 53, 1, 728). *Junge* Limoges, 26 mars 1833 (Devill., 33, 2, 278). Besançon, 7 février 1840, sur le renvoi prononcé par l'arrêt de cassat. du 24 juillet 1839, précité (Devill., 40, 2, 105). Douai, 24 février 1840 (Devill., 40, 2, 270). Orléans, 28 décemb. 1849, sur le renvoi prononcé par l'arrêt de cassat. du 7 mars 1849, précité (Devill., 50, 2, 199). Aix, 23 mai 1851, sur le renvoi prononcé par l'arrêt de cassat. du 27 déc. 1848 (Devill., 51, 2, 703).

Quant aux auteurs, voyez dans le sens de la cour de cassation MM. Duranton, t. IX, n° 796, 3e édit. Coin-Delisle sur l'art. 1094, n° 16, Bayle-Mouillard sur Grenier, t. IV, 118; et en sens contraire, MM. Toullier, t. V, nos 870 et suiv. Benech, *ibid.*, p. 320 et suiv. Valette, journal *le Droit*, 11 mars 1846. Marcadé sur l'art. 1100, n° 2. Devilleneuve, dissert. 7, 1, 363. Paul Pont, *Revue de législ.*, fév. 1844. Molinier, *Revue étrangère*, t. IX, 1842, p. 1 et suiv.

(1) Lyon, 10 février 1836, cassé par arrêt du 24 juillet 1839, précité (Devill., 36, 2, 177). Lyon, 16 mars 1842, cassé par arrêt du 24 août 1846, précité (Devill., 47, 1, 39). Grenoble 13 décembre 1843 (Devill., 44, 2, 100). Grenoble, 15 juillet 1845, cassé par arrêt du 27 déc. 1848, précité (Devill., 46, 2, 449; *Palais*, 46, 2, 644).

(2) La cour de Paris rend, le 16 nov. 1846, un arrêt qui a été cassé le 7 mars 1848, précité (Devill., 46, 2, 649), et le 8 janvier 1848, un second arrêt, cassé le 7 mars 1849, précité (Devill., 49, 1, 338); mais elle se range à l'opinion de la cour de cassation par arrêt du 12 janvier 1848 (Devill., 48, 2, 79), et du 17 fév. 1848 (Devill., 48, 2, 82).

La cour de Toulouse, par arrêts des 13 août 1844 (Devill., 45, 2, 38), 24 juin 1852 (Devill., 52, 2, 496), et 13 février 1846 (Devill., 46, 2, 115; *Palais*, 46, 2, 645), avait lutté contre la jurisprudence de la cour de cassation : elle finit par l'adopter le 23 nov. 1852 (Devill., p. 2, 705).

La cour d'Agen avait aussi résisté dans des arrêts des 14 déc. 1846 (Devill., 47, 2, 113); 30 juillet 1851 (Devill., 2, 218); mais elle s'est ralliée le 7 janvier 1852 (Devill., 53, 2, 219) et a persévéré dans son retour le 10 juill. 1854 (Devill., 54, 2, 448).

Nous ne connaissons que la cour de Riom qui, après avoir bien débuté (arrêt du 6 mai 1846. Devill., 46, 2, 397), a fini par se réformer en pis par arrêt du 21 mai 1853 (Devill., 53, 2, 593).

doit son existence qu'à des préjugés incompatibles avec les bases fondamentales du Code Napoléon.

2605. Parmi les espèces sur lesquelles ont été rendus les arrêts que nous avons cités, il y en a un certain nombre dont les faits remontent à une date antérieure à la promulgation du Code. Les contrats de mariage contenant donation entre époux avaient été passés sous l'empire des lois de l'an II ou de l'an VIII. Toutefois la donation ou le legs postérieurs, dont la caducité était en question, avaient été faits, et le décès du disposant était toujours arrivé sous le Code. Mais la circonstance que le contrat de mariage était antérieur au Code est indifférente et ne saurait modifier la solution. En effet, la question de l'étendue de la quotité disponible pour les dons ou legs faits depuis la promulgation du Code, et de leur coexistence avec l'usufruit donné à l'époux, tombe sous le coup de ce même Code et doit se trancher par ses dispositions (1).

2606. Abordons maintenant le troisième cas qui a lieu lorsque les libéralités faites à un époux et à des tiers sont

(1) V. notamment : Limoges, 26 mars 1833. (Devill., 33, 2, 278). Toulouse, 13 août 1844 (Devill., 45, 2, 3). Riom, 21 mai 1853 (Devill., 53, 2, 591).

La cour d'Agen a statué sur une espèce encore plus ancienne par arrêt du 30 août 1831 (1); le contrat de mariage qui contenait une donation entre les futurs époux était du 17 janvier 1778. Cette donation était, au profit de l'époux survivant, de l'usufruit de tous les biens que le prémourant laisserait à son décès. Aux termes des lois romaines, qui régissaient les parties domiciliées dans une province de droit écrit, la donation fut réduite, par la survenance de quatre enfants, aux deux tiers des biens en usufruit. Cette libéralité convertie par la cour en une valeur d'un tiers en pleine propriété, absorbait ainsi la quotité disponible ordinaire, qui était d'un quart en pleine propriété, conformément à l'art. 913 applicable à la succession maternelle ouverte sous l'empire du Code Napoléon.

(1) Devill., 32, 2, 148.

contenues dans le même acte, ou tout au moins prennent existence à la même époque.

Supposons qu'un même testament contienne des legs à des tiers et à l'époux du disposant, et que le testateur meure laissant trois enfants. Est-ce dans les limites de l'art. 913 ou dans les limites de l'art. 1094 que les libéralités devront être renfermées ? Y a-t-il à considérer l'ordre dans lequel les legs ont été écrits dans le testament ?

L'hypothèse la plus simple est celle où, les legs étant faits dans le même testament, c'est le legs fait à un tiers ou à un enfant qui précède le legs fait à l'époux. Les dispositions seront valables jusqu'à concurrence de la quotité disponible la plus forte, celle de l'art. 1094, pourvu que le tiers ou l'enfant ne reçoive pas plus que la quotité fixée par l'art. 913, et pourvu que le quart en usufruit qui se prend sur la réserve repose sur la tête de l'époux survivant.

Ce point va devenir encore plus clair par l'arrêt de cassation que voici et sur lequel, du reste, tout le monde paraît d'accord :

Par testament du 24 septembre 1835, Lebraly légua à son fils Victor le quart de tous ses biens par préciput et hors part. Puis, par une autre disposition, il légua à sa femme l'usufruit d'un autre quart de ses biens.

Il décéda le 25 du même mois, laissant sa veuve et quatre enfants.

Les enfants non avantagés ont prétendu que les libéralités devaient être réduites à la quotité disponible fixée par l'article 913; mais cette prétention n'était pas soutenable, et elle échoua successivement devant le tribunal et la cour de Riom. En effet, si, d'après l'art. 913, la quotité disponible est fixée au quart, le droit du père de famille reçoit plus de latitude par l'art. 1094. Or ici le père avait gratifié son fils dans les termes de l'art. 913. Mais il lui restait en faveur de son con-

joint l'art. 1094, et il n'aurait pu y avoir lieu à réduction, qu'autant que les deux libéralités réunies auraient excédé la quotité disponible la plus forte, c'est-à-dire celle fixée par l'art. 1094. C'est sur ces raisons qu'est fondé le rejet du pourvoi formé par les héritiers non avantagés (1).

On peut citer dans le même sens un arrêt de la même cour du 23 août 1847 (2), dans l'espèce duquel l'application du même principe se présentait. Nous croyons inutile de nous y arrêter plus longtemps.

2607. La seconde combinaison qui peut se présenter est celle où le legs fait à un enfant ou à un tiers suit, dans le même testament, le legs fait à l'époux au lieu de le précéder.

La circonstance que le legs fait à l'époux est le premier inscrit, doit-elle nous faire décider qu'il doit s'imputer sur la quotité disponible ordinaire, et que, s'il l'épuise, aucun legs postérieur n'est valable ? Nullement. Le testament est un tout dont les parties doivent se coordonner; c'est l'œuvre d'une volonté qui se manifeste successivement, mais qui a conçu un ensemble dont toutes les parties sont également favorables et doivent se lier dans le résultat. Le testateur a eu sous les yeux les personnes qu'il a appelées à recueillir ses bienfaits. A-t-il voulu sacrifier les unes aux autres, et rendre les dernières victimes de la place qu'elles occupent dans son écriture ? N'est-il pas clair, au contraire, qu'il a entendu les faire profiter toutes de sa volonté bienfaisante? Et comment pourrait-on briser sans injustice ce faisceau formé par ses affections (3)?

Ici encore se présente l'autorité de la cour de cassation.

(1) Cassat., 9 novembre 1846 (Devill., 46, 1, 801).

(2) Devill., 47, 1, 840.

(3) *Junge* Toullier, t. V. n° 870. MM. Duranton, t. IX, n°s 794 et suiv. Proudhon, t. I, n° 352. Zachariæ, § 689, t. V, p. 209, 1° Paul Pont, *Revue de législation*, t. XIX, p. 260. Benech, p. 188, 244.

Par testament du 2 mai 1838, Ferret lègue à sa femme une rente viagère de 800 fr., de plus, 600 fr. de valeurs mobilières; ensuite, il lègue à François Ferret, l'un de ses enfants, le quart en préciput de ses immeubles. Enfin il fait le partage de ses autres biens entre le nommé François Ferret et les deux sœurs de ce dernier.

Après la mort de leur père, ces dernières ont prétendu que Ferret ayant fait à sa femme un avantage, n'avait pu donner à son fils qu'en dépassant la portion disponible.

Elles disaient: par sa première libéralité, notre père a épuisé la quotité disponible ordinaire. Cela fait, il ne pouvait pas faire profiter son fils de la quotité disponible la plus étendue, autorisée seulement en faveur du conjoint. La première disposition empêchait la seconde.

A quoi l'on répondait (1):

Que la condition de date soit déterminante lorsque les dispositions sont faites par des actes séparés, on est obligé de l'admettre, par la force des choses, et avec la jurisprudence (2); mais, quand les deux libéralités sont écrites dans le même acte, *eodem tempore, eodem contextu,* faudra-t-il rechercher minutieusement laquelle des deux libéralités est sortie la première de la bouche ou de la plume du disposant? faudra-t-il que quelques minutes ou quelque lignes d'intervalle suffisent pour déterminer le sort des libéralités? La quotité la plus étendue sera-t-elle ou non disponible, selon que l'on aura commencé, dans l'acte, par nommer le conjoint ou l'enfant? tout dépendra-t-il d'une circonstance involontaire ou d'une disposition dont peu de gens comprendront l'importance? Un grand principe de droit et ses larges conséquences resteront-ils ainsi à la merci d'un ca-

(1) V. l'excellent rapport de M. Mesnard à la chambre des requêtes (Devill., 48, 1, 234).

(2) Cassat., 4 août 1846 (Devill., 47, 1, 39). *Supra,* nos 2599 et 2601.

pricieux arrangement de syllabes et de l'accident le plus vulgaire ? Evidemment non. Les deux legs se trouvent dans le même acte, cumulativement, procédant d'une pensée identique.

Ces raisons parurent convaincantes à la cour de Dijon. Par arrêt du 1er juillet 1846, elle ordonna que les deux legs seraient cumulés, le testateur étant censé avoir voulu user de la quotité disponible la plus élevée que la loi mettait à sa disposition.

Et, sur le pourvoi, la requête fut rejetée par arrêt du 20 décembre 1847 (1). Entre autres raisons habilement déduites par cet arrêt, digne d'être remarqué, la cour insiste sur ce qu'étant établis dans le même testament, les deux legs doivent être considérés comme faits simultanément et avec l'intention, de la part du disposant, de leur accorder une égale faveur (2).

2608. La question est plus délicate, si les legs ont été faits dans plusieurs testaments distincts. Cependant nous la résolvons dans le même sens. En effet, toutes les dispositions contenues dans les testaments successifs qu'un homme fait, ne sont que des projets tant qu'il vit, et ne reçoivent de réalité, d'effet, d'existence, qu'à la mort du testateur. A ce moment unique, toutes les libéralités projetées, combinées en différents temps et toutes subordonnées à la mort, prennent vie et force. La date des testaments ne donne pas plus de force à l'une qu'à l'autre. La mort est ce qui les vivifie, ce qui les fait exister. Elles ont toutes même date. La volonté de l'homme se dépose dans des actes successifs, se modifie ou se développe ; mais elle se résout toujours dans

(1) Devill., *loc. cit.*, 48, 1, 234. *Contra* Aix, 18 avril 1836 (Devill., 36, 2, 421. *Palais*, 37, 1, 354).

(2) Voyez un arrêt conforme de la ch. civ. du 12 juill. 1848 (Devill., 1, 473, 474).

une volonté unique et dernière, qui est censée embrasser et confirmer à un seul et même instant de raison tout ce que l'homme a préparé, médité durant sa vie dans la vue de la mort (1). L'art. 926 du Code Napoléon en contient la preuve; car il soumet à une égale réduction tous les legs, quelle que soit la date des testaments qui les renferment.

2609. On a vu, par les espèces que nous avons parcourues dans les numéros précédents, combien sont fréquentes, entre époux, les donations d'usufruit, et dans combien de cas les tribunaux sont obligés d'en rechercher la valeur pour fixer les limites de la quotité disponible. En rappelant ci-dessus (2) les règles données par la jurisprudence pour arriver à cette évaluation, nous avons dit qu'en général le don de moitié en usufruit est considéré comme équivalant à un quart en propriété, mais que, néanmoins, il y a toujours un calcul de probabilité qui est abandonné à la prudence du juge (3). C'est là le point de vue qui domine désormais dans la jurisprudence, et qui l'emporte sur les anciens systèmes (4); il s'appuie sur la loi du 22 frimaire an VII (5), avec cette différence que cette loi, faite pour l'assiette des droits fiscaux, prend l'usufruit pour moitié de la propriété, d'une manière absolue, indépendamment des circonstances, tandis qu'ici, où nous ne sommes pas assujettis aux nécessités d'ordre public qui imposent l'obligation de faciliter la perception de

(1) Ricard, p. 3, n° 1109.

(2) *Supra*, n°s 839 et 975.

(3) V. aussi *supra*, n° 2600.

(4) L. 68, D. *Ad legem Falcidiam*. Bretonnier sur Henrys, l. IV, quest. 54. Lebrun, *Success.*, l. 1, ch. 5, sect. 2, n° 23. Rousseau de la Combe, v° *Quarte Falcidie*, sect. 2, n° 28; et v° *Dettes*, sect. 2, n° 8. — V. Douai, 14 juin 1852 (Devill. 53, 2, 97); Toulouse, 23 novembre 1853 (Devill., 53, 2, 705); Orléans, 7 janv. 1860 (Devill., 60, 2, 225; Dalloz, 60, 2, 23).

(5) Art. 14, n°s 5, 7 et 8.

l'impôt, nous obéissons davantage au besoin de nous rapprocher le plus possible de la vérité, et nous tenons raisonnablement compte des circonstances.

2610. Il existe cependant un arrêt de la cour d'Amiens, du 5 mars 1840, qui s'en est tenu au mode absolu d'évaluation de la loi de l'an VII, et a refusé d'entrer dans l'examen des circonstances particulières, bien qu'il ne fût pas question des droits du fisc : « Considérant que les lois du 17 ni-
» vôse an II et 22 frimaire an VII ont apprécié la valeur de
» l'usufruit à la moitié de celle de la propriété ; que, si ces
» lois ne sont pas applicables à l'espèce, elles ont une autorité
» de raison toutes les fois qu'il s'agit de déterminer la va-
» leur de l'usufruit pour fixer la quotité disponible ; qu'au-
» trement il faudrait entrer dans l'examen non-seulement
» de l'âge de la personne usufruitière, mais même de sa
» santé, de ses habitudes, de sa profession, et qu'avec ces
» éléments on n'arriverait qu'à un résultat douteux ; que
» rien n'étant plus incertain que la durée de la vie de
» l'homme, il vaut mieux s'en tenir à la règle des lois pré-
» citées que d'admettre une évaluation arbitraire ; que le
» législateur a témoigné de sa répugnance pour toute éva-
» luation de ce genre, en ordonnant (art. 917 C. civ.) que,
» quand une disposition en usufruit excéderait la quotité
» disponible, les héritiers à réserve n'auraient que l'option
» d'exécuter cette disposition ou d'abandonner la quotité
» disponible (1). »

Cet arrêt va trop loin. Tout en reconnaissant avec lui que la durée de la vie humaine est très-incertaine, nous pensons qu'il ne faut pas négliger les probabilités qui se tirent de l'âge, de la santé et de la profession. D'un autre côté, de ce que l'art. 917 a voulu éviter les évaluations d'usufruit, est-ce

(1) Devill., 42, 2, 159.

à dire que, lorsque cette évaluation est absolument nécessaire, il faudra la faire en fermant les yeux à l'évidence et en estimant uniformément un usufruit, qu'il soit sur une tête chargée de quatre-vingts années ou sur une tête qui ne porte que quarante ans?

2611. Du reste, nous ne faisons qu'exprimer le sentiment consacré en principe par la Cour de cassation et par presque toutes les cours impériales (1) : 1° règle habituelle dans la loi de l'an VII ; 2° modification à cette règle par les circonstances qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier.

On peut consulter notamment un arrêt de la Cour de cassation, du 24 juillet 1839, portant cassation d'un arrêt de la cour de Lyon, qui avait décidé que le père de trois enfants pouvait, après avoir donné moitié de ses biens en usufruit à sa femme, donner encore un quart en nue propriété à l'un de ses enfants. Cet arrêt est motivé sur ce « que la » donation faite par le père au profit de sa femme était de » la moitié en usufruit de tous les biens qu'il laisserait au » jour de son décès ; que l'arrêt ne déclare pas qu'à raison » des circonstances particulières, et par exception à la base » généralement admise à cet égard, la donation dont s'agit » ne fût pas, au jour du décès du père, équivalente au quart » en pleine propriété qui formait la portion disponible de » la succession, eu égard à la qualité de l'héritier qu'il lais- » sait, etc. (2). »

Deux autres arrêts, du 27 décembre 1848 (3) et du 7 mars 1849 (4), sont rendus sous l'influence de la même idée.

(1) Paris, 12 janvier 1848 (Devill., 48, 2, 79), 17 février 1848 (Devill. 48 2. 83). Toulouse, 23 novembre 1853 (Devill., 53, 2, 705). Douai, 24 février 1840 (Devill., 40, 2, 270). Aix, 23 mai 1851 (Devill., 51, 2, 703).

(2) Devill., 39, 1, 633.

(3) Devill., 49, 1, 80.

(4) Devill., 49, 1, 238.

Nous terminerons par une espèce jugée à Riom, le 23 août 1842 (1). Le 21 nivôse an VII, Cottevielle épouse une demoiselle Chervais. Les époux se donnent mutuellement l'usufruit des biens que laissera le prémourant. Trois enfants sont issus du mariage ; par suite, le don d'usufruit de tous les biens s'est trouvé réduit à moitié. Ultérieurement, et lors du mariage de deux de leurs enfants, les époux Cottevielle ont fait, en faveur de chacun d'eux, un don préciputaire d'un huitième. Au décès du père, l'enfant non avantagé a demandé la réduction de la disposition faite à ses deux frères.

Le tribunal de Clermont-Ferrand, le 23 août 1841, « ... attendu que Georges Cottevielle, ayant, par son contrat de » mariage, disposé, en faveur de sa femme, de l'usufruit de » ses biens, si cet usufruit équivaut au quart fixé par l'ar- » ticle 913, la donation qu'il a faite à ses fils par leur con- » trat de mariage devient caduque; mais, attendu que, dans » l'évaluation de l'usufruit, on doit avoir égard à l'âge et » aux infirmités de l'usufruitière, et qu'en tenant compte de » ces conditions à la femme Cottevielle, il convient de res- » treindre la valeur de cet usufruit à la valeur d'un huitième » en propriété, et de réduire, par conséquent, à un huitième » les avantages faits à Jean et Antoine Cottevielle, » ordonne que, par experts, les biens de la succession de Georges Cottevielle seront estimés; desquels biens un huitième sera attribué à la veuve et un seizième à chacun des enfants avantagés.

Sur l'appel, arrêt qui met l'appellation au néant avec amende et dépens.

2612. Voici cependant une nuance qui mérite une attention particulière.

(1) Devill., 42, 2, 515. V. dans le même sens Grenoble, 8 mars 1851 Devill., 51, 2, 515). Et Douai, 14 juin 1852 (Devill., 53, 2, 97).

Qu'arrivera-t-il si l'usufruitier meurt avant que l'évaluation de son droit, contestée entre les parties, ait été définitiment faite par la justice? Faudra-t-il tenir compte de ce fait accidentel? Faudra-t-il n'avoir égard qu'au nombre d'années pendant lesquelles l'usufruitier a réellement vécu? Où bien faudra-t-il surtout s'arrêter aux chances de vie qu'il présentait au moment de l'ouverture de son droit?

Ecoutons l'espèce suivante, jugée par arrêt de la cour de Caen du 26 mars 1843 (1). Les époux s'étaient donné, en 1779, tout ce dont les lois existantes et futures leur permettaient et permettraient de disposer en faveur l'un de l'autre. Deux enfants naquirent du mariage. La femme mourut la première; elle avait fait un legs par préciput à l'un de ses enfants.

Le mari survivant avait droit à un quart en propriété et un quart en usufruit. Il mourut lui-même quatorze mois après sa femme. L'enfant avantagé voulut tirer argument de ce fait pour établir que la quotité disponible d'un tiers, fixée par l'art. 913, n'était pas épuisée par le don fait à son père; car un usufruit de quatorze mois ne vaut que le revenu total des biens pendant cet espace de temps.

Mais la cour repoussa ce système, « considérant que le » quart en propriété et le quart en usufruit équivalaient, » d'après les circonstances, au moment du décès de la mère, » au tiers en propriété qu'elle aurait pu donner à tout autre » qu'à son mari; qu'on soutient à tort que l'usufruit s'étant » éteint par la mort du père, un an deux mois et quatre » jours après celle de la mère, il ne peut être évalué qu'à » une somme égale au revenu du quart des biens de celle-ci » pendant cet espace de temps; que ce soutien est repoussé » par l'art. 922 du Code civ., et qu'il serait injuste de combi-

(1) Devill., 43, 2, 455.

» ner la quotité disponible de l'art. 913 Code civ., avec celle » de l'art. 1094, en estimant l'usufruit donné à l'époux eu » égard à sa durée réelle, au lieu de l'évaluer d'après les » probabilités au temps du décès du donateur; qu'en effet, » si cet usufruit se fût prolongé de manière que la donation » faite au père eût dépassé réellement la valeur du tiers en » propriété, elle n'en aurait pas moins dû être exécutée » en entier, et que le réservataire, exposé à cette chance dé- » favorable, doit, par réciprocité, profiter de celle de l'ex- » tinction plus prompte du même usufruit. » En conséquence, la cour de Caen décida que par la donation entre époux, la portion disponible, tant de l'art. 913, que de l'article 1094, avait été épuisée, et que le legs fait par préciput à l'un des enfants était caduc.

Cette décision nous semble très-raisonnable. En effet, il est de principe que les estimations nécessaires pour déterminer la réserve et la quotité disponible et pour décider de la validité ou de la caducité des dispositions du défunt, se font en se plaçant à l'époque du décès du disposant. L'art. 922 fixe cette époque, de laquelle on ne peut s'écarter sans se jeter dans l'arbitraire. C'est à ce moment que les droits de chacun ont été fixés; c'est à ce moment que la liquidation de la succession devrait se régler, si des nécessités matérielles et des débats n'amenaient pas des retards. Au moins est-il juste que ces retards ne causent aucun changement dans les droits des parties. De même que les augmentations ou les diminutions de valeur des biens corporels, survenant après l'ouverture de la succession, n'influent aucunement sur l'étendue de la réserve et de la quotité disponible; de même la brièveté ou la prolongation imprévue d'un droit d'usufruit donné ou légué ne doit pas influer sur l'exécution des libéralités postérieures. Ce sont des chances que les intéressés commencent à courir à partir du décès et qui résul-

tent de la nature plus ou moins aléatoire du droit constitué. Si les chances tournent en faveur de l'une des parties; par exemple du réservataire (l'usufruit qui limite sa réserve s'éteint promptement), il doit en profiter; car il a couru la chance de voir ce droit lui causer un préjudice par sa durée au delà des limites ordinaires.

2613. En combinant toutes les idées par lesquelles nous venons de passer dans le commentaire de l'art. 1094, on peut savoir maintenant dans quel cas le disposant a excédé les bornes des quotités libres entre ses mains.

Que s'il est sorti des limites légales, la réduction s'opérera en prenant pour base les principes du droit commun. Y a-t-il plusieurs donations? On procédera conformément à l'article 923, en s'attaquant à la dernière, avant d'arriver à la première (1). C'est ce que nous avons établi très-positivement ci-dessus (2). On peut y voir comment, lorsque la donation faite à l'époux est la première en date, il faut opérer sur les suivantes et sur elle-même.

2614. Quand la libéralité a été faite par testament, c'est l'art. 926 qu'il faut appliquer.

Mais son application n'est pas exempte de difficulté, et l'embarras provient de ce que dans la masse formée par la combinaison des deux quotités, il y a une part privilégiée qui n'a été établie qu'en faveur de la femme, qui ne concerne qu'elle seule, et sur laquelle elle ne peut trouver de copartageant ni de concurrent.

Pour plus de clarté, prenons un exemple. Le testateur lègue à sa femme la moitié de l'usufruit de ses biens: admettons que cet usufruit de moitié équivaut à un quart en pleine propriété. Il donne de plus à l'un de ses fils un quart

(1) Zachariæ, § 689, t. V, p. 215.
(2) N° 2586.

en pleine propriété. Il meurt laissant trois enfants. Il ne pouvait donner qu'un quart en propriété, et un quart en usufruit ; il a donné une moitié en pleine propriété. L'excès est évident, et le retranchement est nécessaire.

Traduisons ceci en chiffres.

Titius à un patrimoine de 20,000 fr.

Il lègue l'usufruit de la moitié ou 10,000 fr. à Livia, sa femme.

Il laisse le quart disponible à Julius, l'aîné de ses enfants, c'est-à-dire qu'il lui fait un don de 5,000 fr.

L'usufruit de la moitié de 20,000 fr. est évalué (nous le supposons) au quart en toute propriété; c'est donc comme s'il avait légué à sa femme 5,000 francs en toute propriété.

Or quelle est la portion disponible? c'est d'après l'art. 1095, un quart en propriété, savoir 5,000 fr., plus un quart en usufruit équivalent à un huitième en propriété, savoir 2,500 fr., ce qui fait 7,500 fr. Cependant Titius a fait des dons jusqu'à concurrence de 10,000 fr. Il faut donc les réduire au marc le franc, d'après l'art. 926.

Là-dessus deux systèmes de concours et de liquidation ont été proposés.

2615. Voici le premier : il commence par composer la masse disponible. Il y fait entrer d'abord la portion disponible ordinaire, ... 5,000
plus un quart en usufruit que la loi permet d'ajouter en faveur de la femme, lequel quart est évalué en propriété à 2,500

Total 7,500

Ceci posé, la femme se payera d'abord de son lot sur ce

quart en usufruit qui n'a été introduit qu'en sa faveur, et qui ne doit échoir qu'à elle, 2,500

Ensuite, pour compléter sa portion afférente, elle prendra sur les 5,000 fr. formant la portion disponible ordinaire, et qui est divisible entre elle et l'autre gratifié, une somme de 1,250 fr. ci 1,250

Total de la portion de la femme 3,750

Julius se paiera sur ce qui restera de la portion disponible ordinaire, et il aura par conséquent l'équivalent de son lot, 3,750

Total égal à la portion disponible 7,500

Et comme la femme, d'après le testament et l'art. 1094, doit recevoir sa libéralité en usufruit, il faut convertir les 3,750 fr. en propriété que nous trouvions tout à l'heure, pour sa part, en usufruit d'une valeur correspondante. On lui abandonnera donc la jouissance de 7,500 fr., la propriété étant, en général, la moitié de l'usufruit (1).

2616. Le second système arrive à des résultats plus avantageux pour l'épouse. Il reproche à la méthode que nous venons d'exposer d'être trop favorable au légataire et de composer la masse sans distinguer un élément qui doit être distrait du partage. Pourquoi, en effet, faire concourir le légataire avec la femme sur une masse entière, dont une partie n'est pas disponible à son égard? Plus la masse sur laquelle on opère est considérable, plus le dividende afférent à chacun est considérable aussi. La part attribuée au légataire se trouve donc augmentée à raison de ce que l'on ajoute au disponible ordinaire le disponible spécial au conjoint, et que l'on calcule la réduction sur la somme totale.

(1) MM. Toullier, t. V, n° 872. Coin-Delisle sur 1094, n° 18. Zachariæ, § 689, t. V, p. 215.

Par suite, l'époux survivant est lésé, puisqu'on lui fait subir le concours d'un autre légataire relativement à une partie de son legs qui, portant sur un disponible exclusivement attribuable à lui seul, n'admet ni concours ni réduction.

Voici donc comment on corrige ce vice de calcul.

Sur ce qui a été donné à l'époux on retranche l'élément personnel et privilégié, et on l'impute sur la quotité propre à cet époux. Puis on fait concourir le legs de l'époux ainsi réduit avec les autres legs sur la quotité disponible ordinaire et commune, et l'on distribue entre tous les légataires une masse à laquelle ils ont autant de droit l'un que l'autre. Quand la réduction proportionnelle est ainsi opérée, on ajoute à la part afférente à l'époux ce que cet époux a le droit de recevoir par la faveur spéciale de la loi (1).

Faisons l'application de ce procédé à l'exemple que nous avions pris tout à l'heure.

Le patrimoine est de 20,000 fr.

Livia, l'épouse, est légataire de l'usufruit de moitié.

Julius, l'un des trois enfants, est légataire de la pleine propriété d'un quart.

Or, l'épouse a droit à l'usufruit d'un quart en vertu d'un privilége personnel, sans concours avec personne. On lui en fait l'abandon préalable, et par là on épuise le disponible conjugal, pour rentrer ensuite dans le disponible ordinaire.

Sur ce disponible, Livia a droit en outre à l'usufruit d'un autre quart équivalent à un huitième en propriété, et elle concourt avec l'autre legs, qui est d'un quart.

(1) M. Marcadé sur l'art. 1100, no 111. M. Boutry, *Essai sur les donations entre époux*, nos 497 et 504. M. Delvincourt, t. II, p. 223, édit. de 1834, fait concourir sur le disponible le moins étendu tous les legs, y compris celui de l'époux, sans l'avoir préalablement réduit. De sorte qu'il fait souffrir les autres légataires du concours d'un legs qui s'exécutera ensuite sur un disponible à part. On voit l'injustice de cette combinaison.

Livia prétend donc, sur le disponible ordinaire, à 2,500 f., huitième de la succession; Julius, à 5,000 fr., quart de la succession. La somme des legs est de 7,500. Il n'y a de disponible à distribuer entre eux, qu'un quart de la succession, soit 5,000 fr.; l'excès est d'un tiers.

Il faut faire subir une réduction d'un tiers à chaque legs.

Livia prendra une valeur de	1,666 f. 66 c.
Julius prendra	3,333 f. 34 c.
Somme totale égale à la quotité disponible	5,000 f. 00 c.

L'épouse recevra l'équivalent de 1,666 f. 66 c. en usufruit, c'est-à-dire la jouissance d'une somme double, 3,333 f. 32 c.

qui, réunie à la somme de 5,000 fr. dont elle jouit déjà par faveur, 5,000 f. 00 c.

lui procurera l'usufruit d'une valeur totale de 8,333 f. 32 c.

Dans le système précédent elle n'avait droit qu'à l'usufruit d'une valeur de 7,500 f. 00 c.

différence en faveur de la femme 833 f. 32 c.

ou en propriété 416 f. 66 c.

D'un autre côté, l'enfant est moins bien partagé. Il avait dans le premier calcul 3,730 f. 00 c.

il n'a plus que 3,333 f. 34 c.

Différence à son détriment 416 f. 66 c.

Pour achever de justifier le second système, on ajoute qu'en agissant comme il vient d'être dit, on respecte bien mieux les intentions du disposant. En faisant un don considérable au profit de celui qui est gratifié par la loi du disponible le plus fort, il a eu certainement égard à cette disposition de la loi; il a réfléchi que, dans une certaine mesure,

il n'y aurait pas de concours entre ce légataire et les autres légataires.

2617. Nous pensons, au contraire, que les intentions du défunt sont méconnues par le second procédé, et c'est surtout ce qui nous a fait donner la préférence au premier système. Le testateur a exprimé sa volonté dans des termes précis; il a fait et voulu faire deux legs égaux en valeur. A sa femme, il a donné en usufruit l'équivalent de ce qu'il a donné à son fils en toute propriété, à savoir, 5,000 fr. à chacun. Or, comment serait-il possible que la réduction fût équitable, si, au lieu d'arriver à une pareille proportion, elle mettait dans le résultat final une inégalité qui n'existe pas dans la disposition? Oublie-t-on que l'admission de tous les légataires au disponible le plus élevé est précisément fondée sur l'intention du testateur d'accorder à tous une égale faveur (1)? Et l'on irait se jeter dans des inégalités choquantes, lorsqu'à cette intention présumée se joint la volonté formellement exprimée dans le testament et formulée en valeurs de même importance! De quoi pourrait se plaindre l'époux survivant? Oserait-il se dire blessé par son égalité avec le légataire? Puisqu'il profite de la vocation résultant du testament, ne doit-il pas se contenter de la part égale que lui fait cet acte?

2618. Les arrêts, du reste, ne nous donnent aucune lumière sur ce point, la question ne s'étant pas posée devant eux de manière à nécessiter une solution. Dans une espèce jugée par arrêt de la cour de Limoges du 24 août 1822, on y touchait de très-près. Mais le consentement des parties le fit disparaître.

Un sieur Champeil avait légué à Antoine son fils, par préciput, le quart de sa succession et à son épouse la moitié en

(1) *Supra*, n° 2607.

usufruit de ladite succession. Il mourut laissant plus de trois enfants. La quotité disponible la plus forte était dépassée. Il y avait lieu à réduction. Mais Antoine consentit à ce que la moitié de l'usufruit de sa mère portât d'abord sur son quart préciputaire. Grâce à ce consentement, il était possible d'exécuter les dispositions du testament sans nuire aux droits des légitimaires, puisque les deux legs réunis n'excédaient pas un quart en pleine propriété et un quart en usufruit. La difficulté de la réduction était écartée; la cour de Limoges ordonna que le partage se ferait sur les bases convenues entre les parties (1).

Voici une autre espèce qui s'approche également de la question, mais qui, à raison des circonstances, n'a pas eu occasion d'y pénétrer.

Une dame Rudigoz est décédée en 1839 laissant quatre enfants. Par un testament elle avait légué à son mari l'usufruit de tout ce que la loi lui permettait de donner, et à deux de ses enfants, par préciput, l'entière propriété du quart de tous ses biens.

Les enfants non avantagés prétendirent restreindre tous les legs à la quotité de l'art. 913. Le mari survivant et les enfants avantagés, agissant de concert, demandèrent le disponible le plus étendu, celui de l'art. 1094 et rien de plus.

Le tribunal de Lyon, le 8 avril 1843, accueille la demande des légataires, ordonne qu'il soit prélevé sur la masse un quart en pleine propriété et un quart en usufruit, sauf à ces derniers à s'entendre entre eux pour le règlement de leurs intérêts.

La cour de Lyon le 14 juin 1844 confirme la décision.

Pourvoi en cassation fondé sur la violation de l'art. 926. Mais la chambre civile rejette le pourvoi par arrêt du 12 juil-

(1) Devill., 7, 2, 118. V. aussi Turin, 15 avril 1810 (Devill., 3, 2, 257).

let 1848 « attendu que le mode de réduction au marc le » franc tracé par l'art. 926 Code civil, dans le cas où les » dispositions testamentaires excèdent la quotité disponible a pour objet de régler les droits respectifs des légataires, et que, lorsque cette quotité a été déterminée, » les réservataires, étant sans intérêt dans ce règlement, » n'ont pas qualité pour y intervenir; attendu en conséquence que l'arrêt attaqué, en réservant, par suite de la » détermination de la quotité disponible, les droits des légataires les uns vis-à-vis des autres, n'a commis aucun » excès de pouvoir et n'a pas contrevenu à l'article précité (1). »

2619. Après avoir vu comment la quotité disponible entre époux se concilie avec la quotité disponible ordinaire, il faut voir ce que devient cette quotité conjugale en cas de renonciation du bénéficiaire.

Donc si l'époux donataire renonce à la libéralité qui lui a été faite, cette renonciation élargira-t-elle la quotité disponible? Les dispositions ultérieures devront-elles sortir à effet? ou bien les héritiers seront-ils fondés à prétendre que le bénéfice de cette renonciation doit leur profiter par droit d'accroissement?

Supposons une donation faite par un époux à l'autre de l'usufruit de tous les biens que le premier laissera au moment de sa mort. Après le décès du disposant, le survivant renonce, les choses étant encore entières et avant toute acceptation (2). Qui profitera de la renonciation? les réservataires ou les donataires et légataires?

Il faut répondre que la renonciation de l'époux survivant accroît la quotité disponible ordinaire. Cette renonciation

(1) Ch. civile (Devill., 48, 1, 473).
(2) *Suprà*, nos 2546 et 2547.

faisant évanouir entièrement un droit d'usufruit qui n'était jusque-là qu'une espérance, ce droit ne fait plus obstacle à l'exécution des libéralités postérieures du défunt.

C'est en vain que les héritiers, pour profiter de cette renonciation, invoquent l'art. 786 qui pose la règle que la part du renonçant profite à ses cohéritiers. Cet article suppose que le renonçant est lui-même héritier de même ordre que ceux à qui il défère sa part. Il formule un droit réciproque entre les héritiers naturels, les héritiers *ab intestat*. Il ne saurait donc régir les rapports de personnes qui ne recueillent pas toutes au même titre les biens de la succession, et entre lesquelles la réciprocité n'existe pas. C'est ce qui se rencontre dans notre espèce entre les héritiers et le donataire renonçant.

La jurisprudence a toujours proscrit la prétention des héritiers. Elle a fait tourner la renonciation de l'époux donataire, dans les circonstances que nous avons décrites, à l'avantage des bénéficiaires ultérieurs dont les donations sont devenues efficaces.

Nous ne citerons qu'une espèce entre beaucoup d'autres semblables.

Le 23 thermidor an x, le sieur de Montlaur épouse la demoiselle de Lacoste et, dans le contrat de mariage, lui donne, en cas de survie la jouissance de tous ses biens. Le 28 janvier 1835, l'aîné des enfants issus de cette union se marie lui-même, et reçoit de ses père et mère donation par préciput du quart de tous leurs biens présents et à venir.

En 1839, le sieur de Montlaur décède : la donation préciputaire est attaquée par l'un des enfants non avantagés. Pour la faire valoir, la mère déclare, par acte notarié de 1839, renoncer formellement à tous les avantages qui lui reviennent sur la succession de son mari.

Un débat s'étant engagé sur l'autorité et les effets de cette

renonciation, le tribunal et la cour de Toulouse (1) vali dèrent le préciput de l'aîné en vue duquel la mère avait agi, et sur le pourvoi la requête fut rejetée par arrêt de la cour de cassation du 20 décembre 1843 (2) : « attendu en droit » que la renonciation dont le résultat est d'éteindre les » droits appartenant au renonçant, ne perd pas le carac- » tère qui lui est attribué par les lois, par cela seul qu'elle » donne ouverture à des droits dont ceux du renonçant » auraient empêché l'exercice ; attendu que la renonciation » de la veuve Montlaur à un droit personnel et dont » l'existence était le seul obstacle à l'exécution des libé- » ralités faites au profit du fils en 1835, a eu pour effet » nécessaire de rendre toute efficacité légale à ces libéra- » lités, qui n'étaient pas nulles en elles-mêmes, mais » seulement subordonnées à une condition, et non exé- » cutables par défaut de matière.... etc. »

2620. Mais si, lorsque la renonciation est intervenue, les choses n'étaient plus entières, si le donataire avait déjà, depuis l'ouverture de la succession, accepté la libéralité qui lui a été faite, dans ce cas, il ne serait plus recevable à changer d'avis et à répudier ce qu'il a d'abord accepté. La donation a produit son effet ; les éléments qui serviront à fixer la quotité disponible et les imputations à faire sur cette quotité, sont désormais déterminés et ne dépendent plus de la volonté arbitraire des parties. L'intérêt des tiers, en particulier celui des réservataires, qui exige de la certitude, serait compromis par la liberté accordée à l'époux survivant, de changer de résolution et de favoriser ainsi l'enfant légataire, au détriment des enfants non avantagés. L'époux

(1) Toulouse., 15 avril 1842 (Devill., 42, 2, 385).

(2) Devill., 44, 1, 214. *Junge* Bordeaux, 5 février 1844 (Devill., 44, 2, 34). Agen, 22 avril 1844 (Devill., 44, 2, 391). Riom, 6 mai 1846 (Devill., 46, 2, 397). Toulouse, 11 février 1843 (Devill., 43, 2, 207). M. Benech, p. 472.

a accepté; il est devenu usufruitier de la moitié de la succession. S'il renonce ensuite, qui est-ce qui en profitera? Les nus propriétaires, les héritiers réservataires. Tel est le résultat nécessaire d'une extinction d'usufruit. Quant à la validité des autres libéralités ou à la réduction qu'elles doivent subir, c'est un point irrévocablement décidé d'après le premier parti pris par l'époux relativement à la donation d'usufruit qu'il a reçue de son conjoint.

A l'appui de cette proposition, il faut citer un arrêt de la cour de cassation du 12 janvier 1853.

Après une donation mutuelle et universelle en usufruit entre les futurs époux de Charentais par leur contrat de mariage, le mari avait obtenu l'érection d'un majorat à son profit et au profit de sa descendance masculine par ordre de primogéniture.

La mère, qui survécut, figura à divers actes relatifs à la liquidation de la succession de son mari, à cause des droits que lui conférait son contrat de mariage; elle paya les droits de mutation à sa charge comme donataire en usufruit. Toutefois, ultérieurement, elle déclara par acte d'avoué à avoué qu'elle renonçait, si besoin était, aux avantages résultant de son contrat de mariage, autant qu'il serait nécessaire pour que la constitution du majorat sortît son plein et entier effet.

Le tribunal de Tours considéra cette renonciation comme nulle, « attendu qu'en manifestant (d'abord) l'intention de » profiter de la libéralité faite en sa faveur par son mari, » elle a par là invariablement fixé les droits de toutes les » parties, et, notamment, les droits de son fils majorataire, » comme ceux de sa fille héritière à réserve, qui a pu con- » sidérer le sort de la succession comme invariablement » arrêté par son acceptation, et, dans cette confiance, régler » en conséquence sa position et ses intérêts, auxquels il ne

» saurait être permis à un donataire, qui a accepté, de por-
» ter atteinte, en revenant sur son acceptation, pour favo-
» riser un autre donataire; attendu qu'on ne saurait ad-
» mettre, en effet, qu'une donation contractuelle pût, après
» le décès du donateur, être alternativement acceptée ou
» répudiée au gré du donataire, sans porter atteinte au
» principe d'ordre qui domine cette matière et qui a spé-
» cialement pour objet de préserver les droits et les intérêts
» des tiers du trouble et de l'incertitude qui suivraient les
» changements facultatifs de volonté..., etc. »

Sur l'appel, la cour d'Orléans a confirmé le 4 août 1849 (1), et le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la chambre civile de la cour de cassation le 12 janv. 1853, « attendu que
» de l'acceptation que la veuve avait faite aussitôt après le
» décès de son mari de la libéralité en usufruit, il était ré-
» sulté en faveur des deux enfants des droits respectivement
» acquis; qu'elle n'a pu détruire ni modifier ces droits par
» l'effet d'une renonciation ultérieure qu'elle aurait appor-
» tée à cette libéralité (2). »

2621. Il nous reste à traiter une question de capacité qui a de l'importance. Elle concerne le mineur qui, pendant son mariage, fait une libéralité à son conjoint. Nous avons vu ci-dessus (3) que le mineur ne peut faire une donation à son conjoint pendant le mariage, et que le caractère révocable de la donation entre époux n'est pas un obstacle à l'application du principe de capacité posé par les art. 903 et 904 (4). Mais

(1) Devill., 50, 2, 202.

(2) Devill., 53, 1, 71. V. dans le même sens Limoges, 18 mai 1842 (Devill., 42, 2, 533). Paris, 12, janvier 1848 (Devill., 48, 2, 79).

(3) N° 587.

(4) Toulouse, 27 novembre 1841. (Devill., 42, 2, 125). Paris, 11 décembre 1812. (Devill., 4, 2, 244). Limoges, 15 janvier 1832 (Devill., 7, 2, 6). Bordeaux, 24 avril 1834. (Devill., 34, 2, 461). Grenier, n° 461, t. III, p. 464.

il peut disposer de ses biens par testament et jusqu'à concurrence de la moitié de la quotité mise à la disposition du majeur. Nous disons qu'il doit rester renfermé dans cette dernière limite; car le mineur qui est marié n'est pas tellement émancipé par le mariage qu'il puisse user sans restriction du bénéfice de l'art. 1094. Les art. 903 et 904 du Code Napoléon lui sont applicables (1).

Il est vrai que d'après l'art. 1095 que nous expliquerons dans un instant, le mineur peut, par contrat de mariage, faire les mêmes dispositions que le majeur. Mais c'est que dans ce cas, le mineur est relevé de son incapacité par l'assistance de la famille. Ici, le mineur est seul, livré à lui-même et exposé aux illusions d'un âge inexpérimenté.

L'application de ce principe à fait surgir une difficulté qui sera mieux comprise si nous rapportons une espèce: Simplicie Muguet, mineure, lègue au sieur D..., son mari, la totalité des biens dont il lui est permis de disposer; elle décède en état de minorité, laissant à sa survivance, son père, Sabin Muguet, et ses frères ou sœurs consanguins enfants de Sabin Muguet. Après son décès, il naît à Sabin Muguet un autre enfant déjà conçu à la mort de Simplicie, lequel décède peu après.

Simplicie Muguet n'avait pu disposer que de la moitié des biens dont elle aurait pu disposer en majorité (art. 904). Or, majeure, elleaurait pu disposer des trois quarts, puisque la réserve légale du père était du quart. Elle ne pouvait donc disposer en faveur de son mari que de la moitié des trois quarts ou trois huitièmes. Mais à ces trois huitièmes, ne fallait-il pas joindre, conformément à l'art. 1094, l'usu-

édit. de M. Bayle-Mouillard. MM. Duranton, t. VIII, no 187. Vazeille, art. 904, n° 3.

(1) V. aussi *infra*, n° 2645.

fruit de la moitié de la réserve légale, et de plus, l'usufruit de la moitié revenant aux frères *ab intestat ?*

Il n'y avait pas de difficulté pour l'usufruit de la moitié de la réserve légale: le père y consentait. L'art. 1094 mettait d'ailleurs obstacle à toute résistance de sa part. Mais il n'en était pas de même de l'usufruit de la moitié arrivant aux autres enfants comme successeurs *ab intestat*. On disait au sieur D...: si l'on vous accorde la moitié de l'usufruit de la part réservée au père, c'est que l'art. 1094 en contient la disposition expresse. Sans elle, vous devriez vous contenter de la moitié des trois quarts, conformément à l'art. 904 du Code. Or cet art. 1094, qui est la source de votre augmentation de droit, est muet sur ce qui concerne l'usufruit de la moitié arrivant aux frères et sœurs. Donc il n'est pas permis de vous donner ce nouveau supplément; ce serait aller au delà des art. 904 et 1094.

Ce système a été adopté par arrêt de la cour de Toulouse du 27 novembre 1841 (1).

Cette cour est obligée cependant de reconnaître qu'il y a dans ce résultat quelque chose de contraire à la justice et à la raison; car l'ascendant est beaucoup plus favorable que les frères et sœurs; et si la légitime du père est frappée de l'usufruit jusqu'à concurrence de moitié, n'est-il pas singulier qu'il n'en soit pas de même de la moitié des biens qui passent aux collatéraux ? Mais la cour s'arrête devant un texte qui lui semble précis, bien que la loi paraisse incomplète et injuste.

On pourrait cependant objecter qu'en prenant l'art. 1094 dans son véritable esprit, il a entendu que lorsque l'époux n'avait pas d'enfants, la totalité de ses biens pourrait rester dans les mains de l'époux survivant gratifié, et cela,

(1) Devill., 42, 2, 124, 125. *Palais*, 1841, t. I, p. 448.

partie en toute propriété, partie en usufruit; que par conséquent la minorité réduit ce droit à moitié, et qu'aucune pracelle de l'hoirie ne doit y échapper pour moitté.

ARTICLE 1095.

Le mineur ne pourra, par contrat de mariage, donner à l'autre époux, soit par donation simple, soit par donation réciproque, qu'avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage; et, avec ce consentement, il pourra donner tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint.

SOMMAIRE.

2622. Objet et motif de notre article. — Renvoi.
2623. Du mineur qui se marie avec une dispense d'âge.
2624. Le mineur rentre dans le droit commun s'il gratifie tout autre que son conjoint, ou s'il gratifie son conjoint durant le mariage.
2625. Du consentement que le mineur doit obtenir. — Sens du mot « assistance ».
2626. De la constatation du consentement des parents.
2627. Le parent peut donner un mandat à un tiers, mais un mandat spécial,
2628. ... Et dont la spécialité soit exprimée dans l'acte authentique qui le contient.
2629. Ces règles régissent le cas où c'est le conseil de famille qui consent.
2630. Arrêt conforme.
2631. La nullité résultant de l'inobservation de notre article est-elle relative? Arrêt de la cour de cassation.

COMMENTAIRE.

2622. Nous définissions au numéro précédent la position du mineur déjà marié, qui, pendant le mariage et étant encore en état de minorité, veut faire une libéralité à son conjoint. L'art. 1095 s'occupe de la capacité du mineur qui, avant de se marier et par son contrat de mariage, gratifie son futur conjoint. Cette espèce est très-différente de la précédente. Les dispositions par contrat de mariage ont pour objet de faciliter des unions qui sont la pépinière de l'État, et le législateur a voulu les favoriser spécialement en élargissant la capacité des mineurs. Mais les donations pendant le mariage n'ont pas ce but d'utilité publique. La loi les considère même d'un œil de défiance, *ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate* (1).

Notre article veut donc que le mineur, avec le consentement et l'assistance des personnes dont le consentement est requis pour la validité de son union conjugale, puisse, par contrat de mariage, donner à l'autre époux tout ce qu'un majeur pourrait lui donner.

En thèse générale, un mineur âgé de moins de seize ans ne peut aucunement disposer. De plus, le mineur, parvenu à l'âge de seize ans, ne peut faire de donation entre-vifs; si la loi lui permet de laisser par testament, elle limite ce droit, n'autorisant que la libre disposition de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer (2). Mais le mineur qui se marie est relevé par la faveur de l'acte auquel il va procéder et par le concours des personnes qui l'assistent de leur consentement.

(1) L. 1, D., *De donat. inter vir. et ux.*
(2) Art. 903 et 904 C. Nap. *Supra*, n°s 583 et suiv.

Nous avons exposé les idées sur lesquelles repose ce point de droit dans le commentaire de l'art. 1398 du Code Napoléon (1) qui est le complément de l'art. 1095. L'art. 1398 généralise la règle que l'art. 1095 avait seulement formulée pour les donations par contrat de mariage. L'art. 1309 vient la corroborer et la mettre en plus grande lumière. Nous ne reviendrons pas sur tout ce que nous avons dit et enseigné dans le commentaire précité.

2623. Et, notons-le bien, ce n'est pas seulement le mineur habile à contracter mariage, d'après l'art. 144, qui reçoit de notre article la capacité de disposer en faveur de son futur conjoint; c'est encore le mineur qui, d'après l'art. 145, a reçu de l'Empereur une dispense d'âge.

L'autorisation accordée de contracter mariage avant l'âge légal, a pour effet d'attribuer à celui qui l'a obtenue, tous les droits et toute la capacité conférés par la loi à celui qui a l'âge requis (2).

2624. Le privilége que l'art. 1095 accorde aux mineurs étant limité dans sa cause, ne saurait, par suite, être réclamé qu'à raison de l'intérêt exclusif qui l'a fait établir. Ainsi, les mineurs qui se marient ne sont relevés de leur incapacité qu'autant qu'ils se gratifient l'un l'autre. Ils ne pourraient, à l'égard d'un étranger, sortir du cercle où les renferment les art. 903 et 904.

Ainsi encore, comme nous le disions tout à l'heure (3), le mineur rentre dans le droit commun pour les donations qu'il fait, non plus par son contrat de mariage, mais pendant le mariage, lors même que la libéralité s'adresse-

(1) V. notre comm. du *Contrat de mariage*, nos 265 et suiv.
(2) Bastia, 3 févr. 1836. (Devill., 36, 2, 247).
(3) No 2621.

rait à son conjoint. C'est pourquoi il a été jugé qu'un époux mineur ayant déjà seize ans ne peut, durant le mariage, laisser par testament, à son conjoint, que la moitié de ce que, étant majeur, il pourrait lui laisser (1).

2625. Une autre condition essentielle pour l'application de l'art. 1095, sur laquelle il faut que nous insistions un moment, c'est que le mineur agisse dans son contrat de mariage avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage.

Bien que la loi dise : « consentement ET assistance, » il n'est certainement pas nécessaire que les parents soient présents en personne au moment de la réception du contrat de mariage, ce qui parfois serait impossible. La loi n'a pas voulu leur interdire d'exprimer leur approbation par écrit ou de se faire représenter par des mandataires. Rien n'est plus évident, puisqu'ils peuvent donner par écrit leur consentement au mariage lui-même qui a plus d'importance (2), ou bien encore y consentir par l'organe d'un mandataire muni d'une procuration spéciale et authentique (3).

2626. Il faut que l'acte constatant le consentement ou la procuration soit authentique. Car la loi exige l'authenticité pour le contrat de mariage et pour celui qui en forme une annexe nécessaire. Le consentement du parent qui complète la capacité de son enfant mineur doit être entouré des mêmes garanties d'indépendance et de lumières que le consentement

(1) Paris 11 décembre 1812. (Devill., 4, 2, 214) Limoges. 15 janv. 1822 (Devill., 7, 2, 6). Bordeaux, 24 avril 1834. (Devill,, 34, 2, 461). Voir *supra* la combinaison des art. 904 et 1994, nº 2621.

(2) Art. 73 Code Nap.

(3) Art. 26 C. Nap. Mon comm. du *Contrat de mariage*, nº 282. M. Duranton, t. IX, nº 765, M. Rolland de Villargues, Répert. du notariat, vº *Cont. de mar.*, nº 25. *Id.* Diction. du not., 4e édit., nº 225 ; Journal des notaires, art. 6599. V. l'arrêt de Douai, rapporté *infra*, nº 2630.

de l'enfant lui-même. Les art. 36 et 73 du Code Napoléon, touchant le consentement au mariage, fournissent un puissant argument d'analogie (1). De plus, comment le notaire s'assurerait-il de la vérité de la signature de l'acte sous seing privé qu'on lui présenterait? Une dénégation d'écriture pourrait donc ensuite remettre en question la validité du contrat de mariage, en contestant l'un de ses éléments essentiels (2)?

2627. Comme le consentement des ascendants ou du conseil de famille doit servir de protection au mineur, il faut que ce consentement soit éclairé et spécial à un contrat de mariage dont les clauses aient pu être examinées (3). Si donc le parent qui doit consentir donnait mandat à une tierce personne de le représenter au contrat de mariage et d'approuver toutes conventions matrimoniales qui y seraient proposées, le but de la loi ne serait pas rempli. Un mandat aussi vague ne serait pas un exercice, mais une délégation de la puissance paternelle, délégation qui n'est pas permise. De même que l'autorisation relative au mariage doit être spéciale et désigner la personne que le mineur est autorisé à épouser (4), de même le consentement aux clauses du contrat de mariage doit porter sur des points précis, connus et définis. L'ascendant est appelé à diriger le mineur. Il ne s'acquitte pas de sa mission, lorsqu'il abandonne entièrement la décision soit à un mandataire quelconque, soit au descendant lui-même.

Il s'ensuit que, en pareille circonstance, les donations contenues au contrat de mariage seraient considérées comme faites par un mineur sans autorisation; elles seraient annu-

(1) V. *supra*, n° 1084.
(2) *Contra* M. Rolland de Vill., Répert. du not., v° *Contr. de mar.*, n° 6.
(3) Mon comm. du *Contrat de mariage*, n° 282.
(4) Art. 73 C. Nap.

lables (1). Et la nullité ne pourrait se couvrir qu'après la dissolution du mariage (2).

2628. On a pensé (3) que les conventions ne devraient pas être déclarées nulles par cela seul que le père aurait donné un mandat en termes généraux, s'il restait d'ailleurs des documents dignes de foi, constatant que le tiers avait reçu du père des instructions conformes aux conventions insérées au contrat de mariage, ou que le père les aurait approuvées avant la célébration du mariage. C'est alors une question de fait.

Nous croyons que dans la matière si grave du mariage le législateur écarte l'incertitude des preuves ordinaires et n'a foi que dans les actes notariés. Nous avons suffisamment prouvé que la procuration doit être spéciale. Or, tout ce qui n'est pas attesté par un officier public est ici comme non avenu. Il n'est pas plus permis de compléter à l'aide de preuves intrinsèques quelconques un acte notarié de consentement, qu'il ne serait permis de le suppléer par ce moyen s'il n'existait pas du tout. Si par la rigueur de cette doctrine on cause quelquefois une nullité regrettable, on prévient par là des difficultés dans le plus grand nombre des cas.

2629. Ce que nous venons de dire des caractères que doit présenter le consentement de l'ascendant, est applicable au cas où c'est le conseil de famille qui est chargé de la mission de l'assistance du mineur (4). Il ne suffit donc pas que le conseil de famille nomme un délégué pour assister au contrat de mariage, en examiner et en approuver les dispositions

(1) V. *Infra*, n° 2631, un arrêt de la Cour de cassation qui peut être invoqué ici par argument.

(2) Mon comm. du *Contrat de mariage*, n°s 285, 286, 287, 288. M. Rolland de Vill., *loc. cit.*, n° 27; *Id.* Diction. du not., 4e édit., n° 228.

(3) M. Coin-Delisle sur l'art. 1095, n° 1.

(4) M. Duranton, t. IX, n° 765 ; Delvincourt, t. II, p. 197, édit. de 1834. M. Poujol sur 1095, n° 2.

au nom du conseil; il faut, de plus, qu'un projet du contrat de mariage soit soumis au conseil et reçoive directement son assentiment. Le conseil désigne ensuite un de ses membres pour le représenter au moment de la réception du contrat, qui doit être conforme à la délibération. On comprend l'importance de cette manière d'agir, surtout dans le cas prévu par notre article, où le mineur fait une donation à son conjoint. Le conseil doit être informé de cette donation et de son étendue, et s'il n'autorise le mineur à la faire qu'avec des restrictions, celui-ci sera forcé de se tenir dans les limites tracées par l'assemblée de la famille, quel que soit l'avis du parent qui représente le conseil.

Que si des discussions s'élèvent et amènent la nécessité de quelques changements à la rédaction arrêtée, il faudra une délibération nouvelle du conseil, conformément à l'art. 511 du Code Napoléon, qui peut servir ici d'argument.

2630. Voici, du reste, une espèce dans laquelle le principe de la délégation du pouvoir du conseil a été renfermé, par la cour de cassation, dans les bornes que nous venons d'indiquer.

Une demoiselle Delasalle, mineure sans ascendant, est demandée en mariage par un sieur Stouder.

Le conseil de famille autorise le mariage, et, « pour » autoriser et assister la mineure dans tous les actes civils » qui devront précéder le mariage, il lui nomme pour cura- » teur *ad hoc* la personne de M. Bacqueville, auquel il ad- » joint MM. Perin et Germot. » Lors de la rédaction du contrat de mariage, la future est assistée de son tuteur et des trois délégués du conseil; une des clauses du contrat contient une donation réciproque au profit du survivant de l'usufruit de tous les propres du prédécédé.

La demoiselle Delasalle meurt, quelque temps après le mariage, sans enfant. Ses héritiers demandent la nullité de la donation, parce qu'elle a été autorisée non par le conseil

de famille, mais par trois de ses membres qui seuls n'avaient pas qualité pour le faire.

Arrêt de la cour de Douai, du 13 décembre 1835, qui prononce cette nullité, « attendu que si, dans le cas de l'ar-
» ticle 160 du Code civil, l'assistance en personne de tous
» les membres du conseil de famille, à la rédaction du con-
» trat anténuptial, n'est pas nécessaire, leur consentement
» est expressément requis pour la validité des donations que
» le mineur veut faire à l'autre conjoint, comme il l'est pour
» la validité de son mariage; que la loi, craignant avec rai-
» son qu'il ne fût victime de son inexpérience ou de ses pas-
» sions, a soumis la faculté qu'elle lui a donnée de disposer
» ainsi de ses biens aux mêmes conditions que la faculté de
» disposer de sa personne...., etc. »

Sur le pourvoi, arrêt de rejet du 9 mars 1838, ainsi conçu :

« Attendu qu'il est établi, par le contrat de mariage de la
» demoiselle Montuy Delasalle avec le sieur Stouder, que la
» demoiselle Delasalle, alors mineure, a donné à Stouder,
» son futur époux, l'usufruit de tous ses biens propres avec
» dispense de caution ;

» Attendu que la cour de Douai, en interprétant la déli-
» bération du 13 avril 1834, par laquelle le conseil de fa-
» mille a délégué trois de ses membres pour assister la mi-
» neure dans les actes civils qui devaient précéder le
» mariage, a considéré que cette délibération ne comportait
» pas autorisation de faire de donation; qu'il résulte en
» outre de son arrêt qu'il n'a été donné aucune connaissance
» au conseil de famille de cette donation;

» Attendu qu'en déclarant dans ces circonstances que les
» membres du conseil de famille déléguées n'avaient pas
» reçu pouvoir d'autoriser la donation, et n'avaient pu va-
» lablement représenter à cet effet le conseil de famille, et

» qu'en conséquence cette donation était nulle, comme faite
» par une personne incapable, la cour de Douai n'a pas faus-
» sement interprété et n'a pas violé les art. 1095, 1309 et
» 1398 du Code civil (1)..., etc. »

2631. J'ai dit, dans mon *Com. du Contrat de Mariage*, que la nullité qui résulte de l'inobservation de l'art. 1398 est une nullité relative à la personne du mineur (2) et dont il peut seul argumenter. C'est aussi l'opinion commune : elle se fonde sur l'art. 1125 du Code Napoléon et sur les principes généraux de la matière, d'après lesquels le mineur a un principe de consentement et de capacité qui n'a besoin que d'être fortifié par des précautions établies dans l'intérêt unique du mineur.

Cette proposition n'a pas été sanctionnée pourtant par la cour de cassation qui, par arrêt du 5 mars 1855 (3), émané de la chambre civile, a décidé que les tiers eux-mêmes peuvent se prévaloir de la nullité du contrat de mariage résultant de la minorité; que, dans le contrat de mariage, où tout doit être fixe, stable, et où dominent des nécessités d'ordre public, la nullité cesse d'être relative pour devenir absolue; de telle sorte qu'un tiers à qui une femme oppose son contrat de mariage, portant stipulation de dotalité, peut argumenter du défaut d'assistance et de consentement des personnes qui auraient dû la diriger, et, par là, faire décider, même après quinze ans de mariage, que ce contrat de mariage est nul, et que cette femme est mariée sous le régime légal de la communauté, et non sous le régime dotal. Cet arrêt, rendu sous ma présidence, mais non sans de grands scrupules de ma part, aurait peut-être besoin de s'appuyer sur d'autres décisions pour dissiper tous les doutes. Quoi qu'il en soit, il

(1) Devill., 38, 1, 201.
(2) N° 288.
(3) Dalloz, 55, 1, 71 ; Devill., 55, 1, 583.

existe, et il faut en tenir grand compte. On comprend l'influence qu'il exerce sur l'interprétation de l'art. 1095. Tout tiers qui y aura intéret pourra faire déclarer nulles et comme non avenues les donations faites dans les contrats de mariage, à son futur conjoint, par un mineur non autorisé. Que ce soit au moins pour les familles un avertissement suffisant pour ne pas s'écarter de l'observation de la loi (1).

Article 1096.

Toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, seront toujours révocables.

La révocation pourra être faite par la femme, sans y être autorisée par le mari ni par la justice.

Ces donations ne seront point révoquées par la survenance d'enfants.

SOMMAIRE.

2632. Objet et motifs de l'art. 2096.
2633. Droit romain primitif.— Prohibition de se donner entre époux.
2634. Exceptions faites à la prohibition.
2635. Changement de la jurisprudence romaine.— Sénatus-consulte proposé par Ant. Caracalla.
2636. Droit des pays de droit écrit.
2637. Pays coutumiers.—Les donations étaient en général défendues, sauf le don mutuel.
2638. Droit intermédiaire. — La prohibition est levée.
2639. Droit actuel. —Il se rapproche beaucoup du droit romain.
2640. Du caractère de la donation entre gens mariés.

(1) On a vu *supra*, n° 1126, que lorsque le mineur n'a pas accepté une donation avec les formalités de protection exigées par l'art. 935, le moyen de nullité appartient non-seulement à ce mineur, mais au donateur lui-même. Cette solution repose sur l'imperfection de la donation non acceptée régulièrement.

2641. La donation entre époux confirmée par le silence du donateur jusqu'à sa mort, a-t-elle un effet rétroactif? — Difficultés de la question en droit romain.
2642. Suite. — Solution sous le Code Napoléon pour la donation de biens présents.
2643. Pour la donation de biens à venir.
2644. Conclusion. — La donation entre époux a une nature mixte.
2645. Capacité requise de l'époux qui donne à son conjoint. — Du mineur.
2646. La femme mariée a-t-elle besoin d'autorisation pour donner à son mari ?
2647. La femme mariée sous le régime dotal peut-elle donner à son mari un de ses immeubles dotaux ?
2648. De l'époux condamné à une peine afflictive perpétuelle.
2649. A quelle époque faut-il rechercher la capacité de l'époux donateur ?
2650. Et celle de l'époux donataire ?
2651. De la forme des donations entre conjoints. — *Quid* s'il s'agit de biens présents?
2652. La transcription est-elle nécessaire pour les immeubles ?
2653. *Quid* s'il s'agit de biens à venir?
2654. En ce cas, l'état estimatif des meubles est inutile ;
2655. Aussi bien que la transcription pour les immeubles.
2656. Des effets de la donation entre époux, quand elle a pour objet des biens présents. — De la translation du domaine.
2657. Suite.
2658. Dans quel ordre la donation entre époux est-elle réductible ?
2659. Le prédécès du donataire au donateur rend-il la donation caduque?
2660. Des effets de la donation entre époux, quand elle a pour objet les biens à venir.
2661. De la réduction.
2662. De la caducité par le prédécès du donataire.
2663. De la révocabilité des donations entre époux. — Le donateur ne peut renoncer à la faculté de révoquer. — Conséquence.
2664. La femme peut révoquer sans autorisation.
2665. En quelle forme la révocation doit se manifester.
2666. De la déclaration qu'on révoque tout testament antérieur.

2667. La révocation peut être tacite. — De l'aliénation du bien donné.
2668. De la constitution d'une hypothèque sur l'immeuble donné.
2669. De la constitution d'une hypothèque sur un immeuble déjà hypothéqué pour sûreté de la donation.
2670. La révocation ne résulte pas d'une dette contractée ni d'une condamnation civile subie par le donateur, d'ailleurs insolvable.
2671. Dans le doute il faut incliner pour le maintien de la donation.
2672. Le droit de révoquer est personnel au donateur. — Ses créanciers ni ses héritiers ne peuvent l'exercer.
2673. Le donateur peut révoquer après la mort du donataire.
2674. La révocation a des effets absolus contre les ayants cause du donataire.
2675. Le donataire, en cas de révocation, restitue ce qu'il a reçu et non pas seulement ce dont il est devenu plus riche.
2676. La donation entre époux est révocable pour inexécution des conditions et pour ingratitude, mais non pour survenance d'enfants.
2677. Notre article s'applique aux donations mêmes indirectes. *Quid* des libéralités déguisées? — Renvoi.
2678. Si un mari répudie une hérédité dévolue en second degré à sa femme, fait-il une donation révocable?
2679. Une promesse que le donateur n'a pas exécutée avant de mourir est-elle valable par cela seul qu'il ne l'a pas révoquée?
2680. Les époux ne peuvent s'interdire ni de révoquer leurs donations ni de se faire des donations.

COMMENTAIRE.

2632. Après avoir traité des libéralités que les futurs conjoints peuvent se faire dans l'acte qui règle les conventions matrimoniales, le législateur s'occupe, dans l'article 1096, de la capacité des époux de se faire des donations durant le mariage; ce second cas devait être soigneusement distingué du premier. Le contrat de mariage est un pacte domestique sur lequel la famille peut exercer une sorte de contrôle protecteur. Mais, pendant le mariage, les époux, placés sous l'influence de la vie commune et intime, sont

accessibles aux erreurs des affections aveugles et à de regrettables entraînements. C'est pourquoi les lois se sont toujours inquiétées des donations entre époux; car, de mauvaises passions peuvent y trouver place à côté des meilleurs sentiments; elles peuvent usurper des libéralités qui ne se doivent qu'à une amitié sincère, à des soins désintéressés et à une suite de bons offices.

2633. Le droit romain a traité avec beaucoup de sagesse et d'étendue la matière des donations entre époux. Nous avons exposé, dans la préface de notre Commentaire du contrat de mariage (1), l'origine de la prohibition de ces donations et les raisons diverses par lesquelles elle s'explique dans la société romaine. Ce ne sont pas seulement, quoi qu'en dise Plutarque (2), les égarements de l'amitié conjugale qui la firent établir; ce fut aussi l'avarice sordide des époux, stigmatisée par les moralistes (3); ce furent encore les facilités du divorce poussées à tel point que l'époux, qui n'obtenait pas de son conjoint une donation ambitionnée par son avarice, le répudiait sans pudeur. Il devint donc nécessaire de soustraire le mariage à cet empire de la vénalité, et les donations entre mari et femme furent frappées de défaveur par les mœurs et par les lois.

Une circonstance remarquable, c'est que la prohibition ne s'étendait qu'aux personnes unies en mariage solennel et légitime, et que ceux qui vivaient dans cette association d'un ordre inférieur qu'on appelait concubinat (4), pouvaient,

(1) p. lvij.

(2) *Questions romaines*, 7. En recherchant les causes de la prohibition, il ne donne que cette seule raison, à savoir, qu'entre époux l'amour doit être sans salaire ni loyer mercenaire quelconque, gratuitement et pour le regard d'eux-mêmes.

(3) Juvénal, *satire* 6; Cujas, *Recit. sol.* sous le t. du C. de *Donat. inter vir. et ux.*

(4) *Influence du christianisme*, part. 2, ch. 8.

quoique cette union naturelle fût reconnue par les lois, se faire des donations (1). Cujas, dans son commentaire du titre du Code *De donat. inter vir. et ux.*, indique la raison de cette différence : *Cur autem concubinæ donare licet, non uxori? Quia scilicet quo plenior est affectio et dignitas conjugalis, eo fuit refrenanda magis; alioquin nullum facerent finem donandi invicem, et spargendi munera* (2). Ajoutons que c'était surtout la pureté et la dignité du mariage qu'on avait voulu préserver de toute atteinte, et qu'il était naturel qu'on ne se préoccupât pas d'unions moins respectables (3).

2634. Du reste, toutes les libéralités n'étaient pas indistinctement comprises dans la défense dont nous nous occupons; et d'abord les institutions d'héritier et les legs ne devant produire d'effet qu'à la mort de l'un des époux, c'est-à-dire après la dissolution du mariage, ne tombaient pas sous la prohibition, sauf la restriction des lois décimaires (4).

En second lieu, et par le même motif, on permettait aux époux de se donner à cause de mort (5). Une libéralité toujours révocable au gré du donateur porte avec elle son préservatif contre les inconvénients qu'on voulait prévenir.

Enfin, par une interprétation équitable, on ne mettait pas dans la classe des donations prohibées celles qui par le fait n'enrichissaient pas le donataire (6).

2635. Par la suite, les idées s'adoucirent, et comme il arrivait que les donateurs entre-vifs confirmaient assez sou-

(1) L. 31, D. *De donat.* (Papinien.)

(2) Cujas, t. IX, p. 494, B, édit. de Modène, et sur la loi 31 de Papinien, dig., *De donat.*, extraite du liv. 12 de ses réponses.

(3) De Savigny, t. IV, p. 171, trad. de M. Guenoux.

(4) *Influence du christianisme*, p. 2, ch. 111.

(5) L. 9, § 2, l. 10, D. *De donat. int. vir. et ux.*

(6) *Infra*, n° 2675.

vent par leur testament la libéralité faite à un conjoint aimé, on se demanda s'il était bien nécessaire d'exiger cette confirmation expresse, et si on ne pourrait pas en trouver l'équivalent dans le silence du donateur gardé jusqu'à sa mort. Cette idée ne parut pas dépourvue de vraisemblance et Antonin Caracalla, du vivant de Septime Sévère, son père, et comme associé à l'empire, proposa au sénat de rendre moins rigoureuse la loi qui défendait les donations entre mari et femme (1). Il fut en conséquence statué, sur cette proposition, que ces donations seraient confirmées par le décès du donateur arrivé durant le mariage, sans que ce même donateur se fût repenti (2). Ce nouveau système n'eut pas pour effet de rendre les donations valables *ab initio;* tant que le décès n'était pas arrivé, en elles-mêmes, elles étaient inutiles (3). Seulement, le décès sans repentir leur donnait une efficacité qu'elles ne puisaient pas dans leur principe. Il les confirmait rétroactivement (4).

2636. Tel est le dernier état du droit romain sur les donations *inter virum et uxorem*. C'est cette jurisprudence introduite par Antonin Caracalla qu'on suivait en France dans les pays de droit écrit (5).

2637. Dans les pays coutumiers, d'autres idées avaient prévalu. Le plus grand nombre des coutumes, notamment celles de Paris et d'Orléans (6), défendaient toutes donations et tous avantages directs ou indirects entre mari et femme,

(1) L. 32, D. *De donat. inter vir. et ux.*

(2) L. 1 et l. 25, C. *De donat. inter vir. et ux.*

(3) *Infra*, n° 2656.

(4) *Infra*, n° 2641.

(5) Furgole sur l'ordonnance de 1731, art. 46. Despeisses, *Des contrats*, p. 1, t. 14; des *Donations*, sect. 1, n° 24. Guy Rousseau de la Combe, v° *Donat.*, sect. 4, dist. 1.

(6) Paris, art. 282; Sens, 71; Auxerre, 228; Orléans, 280; Blois, 174; Bourgogne, 26; Anjou, 328; Le Maine, 340.

pendant le mariage, les libéralités testamentaires aussi bien que les donations entre-vifs. D'autres ne mettaient obstacle qu'aux donations entre-vifs, et permettaient les donations testamentaires (1). Mais, presque partout, même à Paris et à Orléans, on autorisait entre époux les dons mutuels sous certaines conditions et quant à certains biens (2). Nous n'entrerons pas dans le détail des coutumes divergentes : on peut en lire un résumé méthodique dans Pothier (3).

Pour arriver à cette rigueur, le droit coutumier partait de cette idée, à savoir « que, durant le mariage, l'amitié se doit » entretenir et conserver par honneur et en l'intérieur du » cœur, et non par dons (4); » ce qui était une des raisons fondamentales du droit romain, laquelle raison, dit Coquille (5) « est pleine d'honneur, à ce qu'il ne semble que » l'amitié, concorde, et gracieux traitement soit à vendre, » et pour faire connaître qu'au cœur est la vraye amour, et » non à l'extérieur. »

Mais ce motif n'était pas le seul. Il n'aurait pas suffi pour faire dépasser les rigueurs du droit romain; il y en avait un autre plus capital, peut-être, et qui se tirait des tendances conservatrices du droit coutumier. « La raison, dit Fer- » rières (6), pour laquelle nos coutumes se sont écartées des » lois romaines, en défendant aux conjoints par mariage » toutes espèces d'avantages et donations, est fondée sur » le soin et le désir de conserver les biens dans les familles, » qui a servi de fondement à la plus grande partie des disposi- » tions coutumières, etc. On a considéré que l'État ne peut

(1) Nivernais, ch. 23, art. 27; Reims, art. 291; Bourbonnais, art. 226; Poitou, art. 209.

(2) Coquille, *Inst. du droit français*, ch. *des droits des mariés*.

(3) *Des donations entre mari et femme*, art. 1, n° 7.

(4) Coquille, quest. 149.

(5) Institution au droit français. *Des gens mariés*, p. 66, édit. de 1703.

(6) Art. 282, Cout. de Paris, glose 1, n° 6.

» se maintenir que par ce moyen; autrement, les conjoints » par mariage, qui n'auraient point d'enfants, se donne- » raient tous leurs biens l'un à l'autre, et feraient passer » des successions opulentes dans des familles étrangè- » res (1). »

Mais n'était-ce pas dépasser la mesure de la rigueur et outrer le sentiment naturel, qui tend à conserver les biens dans les familles? Ferrières le reconnaissait, et je cite avec plaisir son observation pleine de sagesse :

» Cette disposition de la coutume, dit-il, paraît très- » rigoureuse, d'interdire ainsi aux maris et aux femmes » tous les moyens d'exercer la rémunération et la gratitude » l'un envers l'autre, et d'être obligés de laisser leurs biens, » au défaut d'enfants, à des héritiers collatéraux, lesquels » sont souvent inconnus ou indignes de recevoir leurs biens » en cette qualité. »

Néanmoins la jurisprudence se maintenait avec sévérité dans l'esprit originaire des coutumes, et l'on frappait non-seulement les donations apparentes et proprement dites, mais encore les contrats à titre onéreux qui n'avaient pas une cause nécessaire, de peur qu'ils ne dissimulassent des avantages indirects. La coutume de Normandie était formelle en ce sens : « Gens mariés ne peuvent céder, don- » ner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, » ni faire contrats ou confessions, par lesquels les biens de » l'un viennent à l'autre en tout ou en partie (2). » Les coutumes de Nivernais (3) et de Bourbonnais (4) s'en expli-

(1) *Junge* Cassat., 21 décembre 1818 (Devill., 5, 1, 563). Cet arrêt, sur lequel nous reviendrons plus bas, n° 2680, expose très-bien le principe de la prohibition coutumière.

(2) Ch. 15, art. 410.

(3) Ch. 23, art. 27.

(4) Ch. 10, art. 226.

quaient également. « Cela, dit Pothier, a pareillement lieu » dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées : c'est » pourquoi Dumoulin sur l'art. 256 de l'ancienne cou- » tume de Paris, n° 5, pose pour maxime que des con- » joints par mariage ne peuvent, pendant leur mariage, faire » aucun contrat entre eux sans nécessité : *nullum contrac- » tum etiam reciprocum facere possunt nisi ex necessitate* (1).

2638. Le droit révolutionnaire qui, sur aucun sujet, ne profita de l'enseignement du passé, s'abandonna à son inexpérience, en ce qui concerne les donations entre mari et femme; il n'adopta ni les rigueurs du droit coutumier, ni les tempéraments du droit romain, et il laissa aux époux toute latitude pour s'avantager (2). « La plupart de nos » statuts locaux, a dit un auteur qui avait assisté à l'élabo- » ration des lois de cette époque (3), faisaient cette injure à » l'humanité de supposer que le plus adroit ou le plus fort » des époux était toujours prêt à dépouiller l'autre; il ne » leur était pas permis dans la plupart de nos coutumes de » se gratifier du moindre don par testament; et, par une bi- » zarre contradiction, la loi qui commandait de s'aimer à » des personnes liées par des nœuds indissolubles, leur » interdisait le témoignage le plus sûr et le plus pré- » cieux de l'attachement, les bienfaits... La loi du 17 ni- » vôse est venue affranchir de toutes entraves ce senti- » ment de bienveillance et d'estime réciproque qui fait le » charme d'un pareil état. Elle a ouvert une carrière de » bienfaisance sans bornes, même pendant le cours du ma- » riage, aux époux qui n'ont pas d'enfants. » Du reste, la loi de l'an 2 n'avait tranché la question des donations entre

(1) *Loc. cit.*, n° 78. Notre comm. de la *Vente*, n° 178.

(2) Loi du 17 nivôse an II, art. 14 et 61.

(3) M. Vermeil, Code des successions, cité par M. Devilleneuve, 41, 1, 305.

époux dans le sens de leur irrévocabilité que par son silence et l'abrogation des lois antérieures. Comme elle contrariait des opinions reçues et des habitudes invétérées, elle souleva d'assez vives contestations (1). Nous n'insistons pas sur des controverses qui s'éloignent de nous, et nous arrivons au Code Napoléon.

2639. Par l'art. 1096, il a condamné le système coutumier réprouvé déjà par beaucoup de ses interprètes; toujours soucieux de se régler sur les inspirations du droit naturel, il a vu que c'était moins le droit naturel que la prévoyance ombrageuse du droit civil qui avait prohibé les donations entre époux (2). Il s'est donc rapproché du droit romain, plus conforme au droit naturel, puisqu'il voulait que de tels actes fussent traités *non amare nec tanquam inter infestos, sed ut inter conjunctos maximo affectu* (3). Seulement, tandis que le droit romain les considérait comme inutiles dans l'origine, mais susceptibles de confirmation, le Code les tient pour valables dans l'origine, mais susceptibles de révocation. Il déclare donc par notre article que les époux ne pourront se faire que des donations essentiellement révocables. Il a de cette manière concilié l'affection avec l'indépendance; la pureté du mariage avec la récompense des soins et de la tendresse d'un conjoint envers l'autre. La donation exprime un sentiment d'affection qui dérive du mariage. Mais la révocabilité permet à un époux de ressaisir ce que les obsessions de l'autre lui auraient arraché; elle encourage le donataire à persévérer dans son dévoue-

(1) Cassat., 1er juin 1814 (Devill., 4, 1, 574). Cassat., 29 janvier 1835 (Devill., 35, 1, 267). Cassat., ch. civile, 22 mars 1841 (Devill., 41, 1, 305), Rej., 24 décembre 1845 (Devill., 45, 1, 137). *Contra*, Rouen, 22 juillet 1821 (Devill., 6, 2, 452).

(2) Mantica, *de Tacit.*, 21, 1, 5.

(3) Paul, l. 28, § 2, D. *De donat. inter vir. et uxor.*

ment, pour que le donateur persévère dans sa libéralité.

2640. Ceci posé, voyons quel est le caractère de la donation entre gens mariés.

La difficulté vient de ce que cette sorte de donation a des points de conformité remarquables avec la donation entre-vifs et les libéralités à cause de mort, et que la faveur du mariage y a fait introduire des particularités qui choquent la rigueur des principes du droit (1). Il faut donc s'attendre à trouver ici des anomalies; et pour répondre tout de suite à la question posée, nous dirons que la donation entre époux n'est ni une donation entre-vifs proprement dite, ni une libéralité à cause de mort dans la pureté des principes, mais qu'elle est un mélange des deux. Le chapitre que nous commentons nous a déjà montré bien des singularités analogues.

Prenons pour exemple une donation de biens présents faite à la femme par son mari; il y en a de nombreux exemples dans la jurisprudence.

En pareil cas, la donation entre gens mariés tient de la donation entre-vifs, soit à cause du motif originaire, soit sous le rapport de la forme. Sous le rapport du motif principal et primitif (2) : car le donateur a voulu se dépouiller, et il a écarté de sa pensée l'éventualité ultérieure d'un pénible repentir. Sous le rapport de la forme : car l'acte n'étant pas un testament ne trouve sa place que dans la catégorie des solennités des donations. Vainement objectera-t-on qu'il n'est pas possible de concevoir une donation entre-vifs de conjoint à conjoint, puisque le droit de révocation y est sous-entendu. Si on prétend que pareille donation n'est pas une donation entre-vifs pure et sans mélange, on a raison,

(1) L. 13, § 1, L. *De donat. int. vir. et uxor.*

(2) Cujas, *Recit. sol.* sur le t. de C. *De donat. int. vir. et ux.* « *Hæc enim fuit* (*ab initio*) *donatio inter vivos.* »

et personne n'a dit le contraire. Nous disons seulement qu'elle a beaucoup de rapports avec la donation entre-vifs, et qu'il faut tenir compte de ce dernier élément. Que disent, en effet, les textes?

D'abord par ces termes de l'art. 1096, « quoique qualifiées entre vifs », le législateur fait déjà entendre que la révocabilité n'est pas un obstacle à ce que ces donations soient qualifiées entre-vifs. L'art. 1097 est plus positif : il défend aux époux de se faire des donations entre-vifs mutuelles par un seul et même acte; donc ils peuvent se faire des donations entre-vifs par des actes séparés. L'article 947 fortifie cette vérité. Il excepte des art. 943, 944, 945 et 946 les donations entre-vifs faites entre époux pendant le mariage. Donc tous les autres articles qui règlent les formalités et les conditions des donations entre-vifs sont applicables aux donations que les époux se font par acte entre-vifs pendant le mariage (1).

Mais les libéralités entre époux diffèrent des donations entre-vifs, et ressemblent aux dispositions testamentaires en ce qu'elles sont révocables *ad nutum*, nonobstant toute clause contraire; elles sont, comme les legs, soumises à la volonté ambulatoire de l'homme. Par là, elles prennent un caractère exceptionnel, et elles échappent à la règle « donner et retenir ne vaut » ; elles sont susceptibles des clauses qui sont interdites dans les donations pures, par exemple dons de biens à venir, don d'une succession, réserve de conditions potestatives, etc., etc. (2).

De tout cela, il suit que la donation entre gens mariés ne peut pas être rapportée à un type unique. Elle emprunte des caractères divers à des principes différents. Il faut un

(1) V. un réquisitoire de Merlin, Répert., v° *Donat.*, sect. XI.
(2) Art. 947 et 1086. *Supra*, n° 1227.

éclectisme prudent pour ne pas s'égarer sur ses effets pratiques.

2641. C'est ce que nous prouvons sur-le-champ, en posant la question de savoir si la donation, confirmée par le silence et la mort de l'époux donateur, a un effet rétroactif au jour où elle a été faite? Si on fait incliner la donation entre époux vers la donation entre-vifs, elle doit produire son effet *statim*, et la mort la confirme *ab initio*. Si au contraire on fait prévaloir en elle le caractère de libéralité à cause de mort, il faut répondre qu'elle ne transporte la propriété qu'à compter du jour du décès.

Les interprètes du droit romain sont très-divisés sur la solution, quoique la loi 25 au *C. De donat. inter vir. et uxor.* décide formellement que le décès sans révocation produit un effet rétroactif.

Accurse (1), Barthole (2), Balde (3), Covarruvias (4), Gomez (5), Mantica (6) et autres voulaient que la confirmation de la donation ne produisît d'effet rétroactif que quant aux fruits, et aussi pour empêcher que le donataire ne fût tenu des dommages par lui faits à la chose donnée. Mais ils prétendaient qu'à l'égard du domaine il n'y avait pas d'effet rétroactif, et que sous ce rapport, la chose ne passait au donataire que par la mort de son conjoint. Alexandre assure que c'est l'opinion commune.

Au contraire, la glose sur la loi 68 *Sequens quæstio*, D. *De legatis* 2°, Imola, Aretinus et particulièrement Fachinée (7)

(1) Sous la l. 25, C. *De donat. inter vir. et uxor.*

(2) Sur la l. *Si is qui pro emptore*, n° 3, *De usucapionibus*, et sur la loi 2, n° 4, C. *De inoff. donat.*

(3) Sur la loi 25, C. *De donat. inter.*

(4) In rubr. *De test.*, n° 3, p. 203.

(5) *Variar. resol.*, t. II, cap. 3, n° 23.

(6) *De tacitis et ambiguis*, 21, 7, 24.

(7) *Controv.*, l. 3, ch. 73.

enseignent que la donation entre mari et femme produit un effet rétroactif même pour le domaine, qui est censé donné au donataire à compter du jour de la donation. Ils se fondent sur ce que la loi 25 ne distingue pas. C'est aussi la doctrine de Cujas (1), Voët (2), Pothier (3), qui disent en général que la confirmation fait valoir la donation du jour de sa confection et donnent à la rétroactivité l'effet le plus étendu (4).

On s'étonne au premier coup d'œil que le texte précis de la loi romaine n'ait pas fait taire les controverses. Mais la surprise diminue quand on coordonne cette loi avec certaines règles du droit romain et avec d'autres textes.

Et d'abord, il est certain que par le droit romain la donation entre époux était inutile dans son principe et qu'elle ne transférait pas par elle-même le domaine de la chose (5). On éprouvait donc des difficultés pour consentir à ce que la confirmation produisît rétroactivement un effet nouveau et non attaché de plein droit au contrat originaire.

Ce n'est pas tout, et la loi 25 C. *De donat. inter vir. et uxor.*, entendue dans le sens d'un effet rétroactif quant au domaine, paraissait difficilement s'accorder avec la loi 12, C. *Ad legem Falcidiam*, qui soumet à la Falcidie les donations entre mari et femme (6). Comment, en effet, était-il

(1) *Recit. solemn.*, sur le t. du C. *De donationibus inter virum et uxorem*, vers la fin.

(2) *De donat. inter vir. et uxor.*

(3) Dans ses Pand., t. II, p. 52, n° 77.

(4) *Junge* M. de Savigny, § 163, t. IV, p. 188, trad. de M. Guenoux.

(5) *Infra*, n° 2656.

(6) En voici le texte : *In donationibus inter virum et uxorem factis legem Falcidiam habere locum, quando fideicommissi partibus funguntur, nonnulli juris placitis comprehensum est.*

Ces mots : *quando fideicommissi partibus funguntur*, doivent s'entendre dans ce sens : « Lorsqu'elles ont besoin de la mort du donateur pour être » confirmées. » (Voët, *ad leg. Falcid.*, n° 4.) Car il y avait des donations

possible qu'on retranchât la Falcidie des donations entre mari et femme si la translation du domicile remontait au jour de la donation? La Falcidie ne se prenait que sur les biens laissés à cause de mort comme legs, fidéicommis, mais jamais sur les donations entre-vifs (1).

Mais Cujas concilie très-bien ces deux sortes d'idées, en disant que la donation a été originairement entre vifs, mais qu'ayant besoin d'être confirmée par la mort du donateur, elle peut être envisagée comme donation à cause de mort pour souffrir la Falcidie.

Quant à la difficulté tirée de l'inutilité originaire de la donation, Cujas y répond par le texte général et absolu de la loi 25, qui veut que la confirmation rétroagisse pleinement soit pour le droit soit pour le fait. Il montre d'ailleurs que puisque la donation vaut *jure confirmationis*, elle ne saurait avoir des effets aussi limités que si elle valait *jure legati*.

2642. Quoi qu'il en soit de ces discussions et de ces conciliations, il est certain que, dans l'esprit du Code Napoléon, il faut à plus forte raison décider que si une donation de biens présents se fait entre époux, le décès du donateur sans révocation fait remonter la translation de la propriété au jour du contrat, et le donataire doit être considéré comme ayant été propriétaire *ab initio* avant la mort du donateur. Ainsi que nous l'avons dit, la pensée primitive de l'acte est une donation entre-vifs; il faut donc autant que possible lui assurer les effets qui concilient cette pensée avec le droit de révocation. Le donateur s'est dessaisi; il a transféré la propriété au moment du contrat. A la vérité, il a subordonné

entre mari et femme qui étaient parfaites *statim* et n'étaient pas révocables; celles, par exemple, qui n'appauvrissaient pas l'époux donateur.

(1) Cujas sur le tit. du C. *De donat. int. vir. et uxor.*

cette translation à une condition résolutoire (1), c'est-à-dire à un droit de révocation; mais ce droit n'empêche pas la translation du domaine actuellement. C'est là un des traits caractérisques de la donation entre mari et femme sous le Code Napoléon (2). Elle n'est pas inutile *ab initio*, sauf à être confirmée rétroactivement; elle est valable et translative *ab initio*, sauf à être révoquée ultérieurement.

2643. Mais si le donateur fait porter sa libéralité sur ses biens à venir, sur les biens qu'il aura à son décès, dans ce cas, il a manifesté clairement sa volonté de suspendre l'effet de la donation jusqu'à sa mort, de ne se dépouiller de rien de son vivant. Tel est le propre des donations de biens à venir; elles sont plutôt un don de succession. On ne leur appliquera donc pas les idées que nous avons développées aux numéros précédents et qui ne sont vraies que dans le cas de donations de biens présents.

2644. De tout ce que nous venons de dire sur les différences qui séparent la donation entre gens mariés et les libéralités entre-vifs ou testamentaires, il résulte que la donation dont s'occupe l'art. 1096 est une donation anormale et mixte, qui participe de l'une et de l'autre, et qu'il faut décider les questions qui s'y rapportent soit par des règles particulières, soit par des analogies tirées suivant les cas des règles de la donation entre-vifs ou des libéralités testamentaires (3). A l'aide de cette proposition, nous examinerons successivement ce qui a rapport à la capacité, à la forme et aux effets de cette donation.

(1) V. l'important arrêt rapporté *infra*, n° 2670.

(2) *Infra*, n° 2656, et *supra*, n° 2635.

(3) Voy. Delvincourt, t. II, p. 448, édit. de 1834; Toullier, t. V, n° 918. V. MM. Coin-Delisle sur l'art. 893, n° 7. Rolland de Villargues, Répert., v° *Donat. entre époux*, n° 53. Zachariæ, § 744, t. V, p. 547, édit. Aubry et Rau. Demolombe, *Revue crit. de jurispr.*, 1851, t. I, p. 481. Arrêt de cassat. du 12 avr. 1843, cité au n° 587, *supra*.

2645. Quant à la capacité, on peut établir une règle générale : c'est que ceux qui étant incapables pour tout le reste, n'ont de capacité que pour faire un testament, ne peuvent pas faire de donation du genre de celle qui nous occupe. Tels sont les mineurs. Ils ne peuvent aucunement disposer, dit l'art. 903, si ce n'est par testament; ce qui est une exception considérable à leur état général d'incapacité. Or, la donation entre époux étant autre chose qu'un testament, cette donation se trouve placée en dehors de la capacité du mineur (1). On peut sortir de l'exception toute spéciale faite en faveur du testament et étendre cette exception à d'autres cas non prévus, sans altérer l'état qui domine la personne du mineur; quand il s'agit d'une donation non testamentaire, le mineur est assimilé au furieux ou à l'imbécile.

Et notez qu'il n'y a pas à distinguer si l'époux mineur a disposé par acte entre-vifs de ses biens présents ou des biens qu'il laisserait à son décès ; quoique dans ce dernier cas, il ne se dépouille pas de son vivant, la donation n'est pas moins nulle que s'il donnait en se dessaisissant *statim* (2). Car, de quelque manière que ce soit, il y a autre chose qu'un testament, et par conséquent incapacité radicale et native; que la donation soit actuelle, qu'elle soit différée, la faiblesse intellectuelle du mineur est la même et la séduction est aussi facile.

Il est vrai qu'au premier coup d'œil on peut trouver singulier qu'un mineur qui pourrait donner par testament une partie de sa succession, ne le puisse pas par un acte entre-vifs, dont les effets, reportés au décès du disposant, ressemblent beaucoup à ceux du testament. Mais en y regardant de plus près, la surprise disparaît. Dans le testament le mineur agit

(1) *Supra*, n° 587, où se trouve cité un arrêt de cass. du 12 avr. 1843. *Junge*, Paris, 10 nov. 1820 (Devill., 6, 2, 324). V. aussi *supra*, n° 2621.

(2) Cassat., 12 avril 1843, précité, et Paris, 10 novembre 1820, précité.

seul et mystérieusement. On peut dès lors supposer plus facilement qu'il n'a obéi qu'à lui-même. Mais dans une donation, qui se fait à deux, il faut toujous craindre et présumer la coaction de la part de l'autre contractant. Sa présence à elle seule milite contre lui et le rend suspect. C'est pourquoi la loi restitue de plein droit le mineur, ou, en d'autres termes, rejette comme nul un contrat où une volonté étrangère est venue se mêler à celle du mineur et la vicier (1).

2646. Puisque la capacité du disposant se règle par le genre de capacité propre aux donations entre-vifs, et que la femme mariée ne peut donner entre-vifs qu'avec le consentement de son mari, on demande si la femme doit être autorisée pour donner à son mari pendant le mariage. Cette question est presque oiseuse; car, de ce que le mari accepte la donation faite à son profit, il s'ensuit qu'il approuve ce que fait sa femme et qu'il y donne son consentement.

Du reste, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus, la femme peut donner pendant le mariage à son époux médecin qui la soigne dans sa dernière maladie. La qualité de mari efface celle de médecin et fait cesser les méfiances de la loi (2).

2647. Voici maintenant un cas où, au lieu de prendre notre point de départ dans la donation entre-vifs proprement dite, il vaut mieux le chercher dans les règles du testament. C'est celui où la femme donne à son mari une chose faisant partie de sa dot inaliénable. On sait qu'en principe la femme mariée sous le régime dotal qui peut donner par testament, ne peut aliéner par acte entre-vifs son immeuble dotal; mais l'aliénation qui résulte de la donation faite par la femme au mari *constante matrimonio*, n'a aucun des carac-

(1) *Junge*, MM. Toullier, v. nº 925. Duranton, t. VIII, nº 184. MM. Coin-Delisle sur 1096, nº 9. Zachariæ, t. V, p. 550. *Contra*, MM. Delvincourt, t. II, p. 197. Vazeille, sur 904, nº 2.

(2) Nº 642.

tères qui ont déterminé le législateur à prononcer l'inaliénabilité du fonds dotal. Les époux ne s'appauvrissent pas; leur crédit reste le même. Le mari a même un intérêt plus direct à conserver et à soigner un immeuble dont il a l'espoir d'être un jour propriétaire. D'ailleurs, la femme peut révoquer sa donation, et elle ne manquera pas de le faire s'il survient des causes de séparation; tout est donc sauvé, et l'on ne concevrait pas la rigueur qui verrait une aliénation telle qu'il la faut à loi, dans une donation de la nature de celle qui nous occupe ici. Il faut donc dire que c'est par l'analogie tirée du testament que l'on doit se décider, et non par celle de la donation entre-vifs proprement dite (1).

C'est ce qu'a très-bien jugé un arrêt de la cour de cassation du 1er décembre 1824.

Les époux Langlois s'étaient mariés sous l'empire de la coutume de Normandie. Cette coutume déclarait inaliénables les immeubles dotaux de la femme; mais elle en permettait la disposition par testament, absolument comme notre Code.

En l'an 12, la femme Langlois fit donation à son mari d'une pièce de terre faisant partie de ses biens dotaux.

La validité de la donation ayant été contestée, la cour de Caen se prononça pour l'affirmative. Le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par l'arrêt précité de la cour de cassation :

« Attendu que la coutume de Normandie, en prohibant » l'aliénation des biens dotaux de la femme, n'annule que » les actes d'aliénation effective par lesquels la femme serait » dès à présent et irrévocablement dépouillée de tout ou » partie de sa propriété dotale; mais que la prohibition » ne s'étend pas aux dispositions qui sont révocables de » leur nature, pendant tout le cours du mariage, et qui ne

(1) Notre traité du *Contrat de mariage*, n° 3273.

» deviennent définitives que par le décès ; qu'ainsi la femme
» normande, peut, comme toute autre, donner par testa-
» ment, et que le legs de son bien dotal est valable ; que
» la donation faite entre époux pendant le mariage quoique
» qualifiée entre-vifs est toujours révocable aux termes de
» l'art. 1096 du Code civil ; que cette révocabilité lui im-
» prime le caractère et les effets de la donation à cause de
» mort : d'où la conséquence que la donatrice n'ayant
» point été dépouillée de son vivant, il n'y a point eu de
» transmission réelle à l'époque du contrat, et que l'arrêt
» attaqué, en jugeant que ce n'était pas là une aliénation
» dans le sens de la coutume, a fait une juste application
» de ses dispositions (1). »

On a cependant contesté la légitimité de cet arrêt (2). C'est à peu près ce qu'auraient fait à Rome ceux qui se seraient opposés à appliquer aux donations entre époux la quarte Falcidie (3).

Pour ébranler l'arrêt du 1er décembre 1824, on lui oppose l'arrêt du 12 avril 1843 cité ci-dessus (4) qui décide que le mineur est aussi incapable de faire une donation entre époux qu'une donation entre-vifs proprement dite. Mais on ne fait pas attention que le premier a en vue un statut réel, le second un statut personnel ; que les raisons qui font mettre le fonds dotal en dehors des biens dont la femme mariée a la disposition n'ont rien de commun avec celles qui placent le mineur dans un état d'incapacité ; que l'incapacité du mineur vient de l'infirmité de son jugement, tandis que l'inaliénabilité du fonds dotal s'appuie sur des raisons d'éco-

(1) Devill., 7, 1, 574.

(2) *Revue critique de jurispr.*, 1851, p. 418 et suiv., article de M. Demolombe.

(3) *Supra*, n° 2641.

(4) V. *supra*, n° 2645.

nomie domestique et de conservation. Or il suffit que ces motifs d'économie privée soient respectés, il suffit que le bien dotal ne soit pas enlevé à la famille et qu'il y reste au contraire comme sa dernière planche de salut, pour qu'on ne doive pas ranger parmi les actes d'aliénation prohibés un acte qui n'aliène pas l'immeuble dotal. Le mineur est incapable de droit ; il n'y a d'exception à cette règle qu'en matière de testament. Tout ce qui ne rentre pas précisément dans l'exception reste donc dans la règle générale. Mais la femme, capable de tous les actes d'aliénation avec l'autorisation de son mari, ne se trouve exceptionnellement liée dans l'exercice de son droit qu'en ce qui concerne le fonds dotal. La capacité habituelle de la femme doit donc l'emporter toutes les fois que le principe conservateur de la dot reste intact; car on maintient la règle générale quand il n'y a pas lieu à l'exception. La cour de cassation a donc eu raison d'assimiler sous ce rapport la donation entre époux à une disposition à cause de mort. Et en effet, elle ne fait pas plus de mal à l'inaliénabilité du fonds dotal que le testament. C'est d'ailleurs le cas d'appliquer la règle de Paul : « *Et sane non amare,* » *nec tanquam inter infestos jus, prohibitæ donationis trac-* » *tandum est; sed ut inter conjunctos maximo affectu et so-* » *lam inopiam timentes* (1). »

2648. Il nous reste à parler d'une dernière cause d'incapacité.

Avant la loi du 31 mai 1854, la mort civile dissolvait le mariage (2), et par conséquent ne pouvait pas s'élever la question de savoir si la mort civile rendait incapable de faire ou recevoir une donation entre époux. Aujourd'hui, les peines perpétuelles qui entraînaient la mort civile et rom-

(1) L. 28, § D. *De donat. inter vir. et uxor.*
(2) Art. 25, Cod. Nap.

paient le mariage, n'ont plus cet effet; mais elles rendent encore incapable de donner et de recevoir à titre gratuit (1). D'où il suit, que si un époux est frappé d'une peine afflictive perpétuelle, une donation entre lui et son conjoint est non pas révocable, mais absolument nulle.

2649. Maintenant, il faut savoir à quelles époques on doit considérer la capacité du donateur et du donataire dans la donation entre mari et femme. La nature mixte de cet acte fait toute la difficulté de ce point, comme dans plusieurs des hypothèses que nous examinions tout à l'heure.

Voyons d'abord ce qui concerne le donateur. D'après les règles exposées ci-dessus (2), le testateur doit être capable aux deux temps, et de la confection du testament, et du décès. Le donateur, au contraire, doit être capable au temps de la donation et au temps de l'acceptation, mais non à celui de sa mort. Laquelle des deux capacités doit être préférée à l'autre dans la donation entre époux?

Les lois romaines décident qu'il suffit que le donateur soit capable au temps de la confection de la donation, c'est-à-dire au temps où l'acte est passé et accepté. Elles veulent que si le donateur tombe en état de mort civile, la donation entre conjoints soit confirmée de même que par la mort naturelle (3). D'où il suit 1° que la capacité à l'instant du décès ne doit pas être considérée; 2° qu'il y a sur ce point une grande différence entre les dispositions de dernière volonté et la donation entre gens mariés. Car les premières sont caduques par la mort civile du donateur; les secondes, au contraire, trouvent leur confirmation dans cette mort civile : « *Et quod maxime notandum est hac in re donatio facta*

(1) *Supra*, n° 511.
(2) N°s 430 et 440.
(3) L. 13, § 1, D. *De donat. int. vir. et uxor.* L. 24, C. *eod. tit.*

inter maritos non est instar donationis mortis causa. Nam donatio mortis causa, ut quælibet ultima voluntas irrita fit damnatione donatoris, quæ irrogat servitutem. Donatio autem inter maritos tantum abest ut irrita fiat servitute donatoris ut maxime confirmetur (1).

Mais pourquoi le droit romain préfère-t-il ici le caractère de la donation au caractère testamentaire? Pourquoi la validité d'une donation qui doit être confirmée par la mort, et qui, par là, a tant d'affinité avec le testament, se décide-t-elle par les principes de la donation entre-vifs? C'est que les jurisconsultes romains, si habiles à saisir les nuances des questions et à se plier à l'équité, ont été frappés de la rigueur extrême qu'il y aurait à priver d'une libéralité acquise par de bons offices, un époux déjà assez malheureux par la condamnation, la démence, l'imbécillité de son conjoint, survenues après la donation. *Humanum est*, dit Ulpien dans la loi 13, § 1, D. *De donat. inter vir. et uxor.* Et ce mot résume toute la pensée du droit romain à cet égard. A quoi la loi 24 C. *De donat. inter vir. et uxor.*, ajoute : « *Donatio maritalis* » *ante tempus criminis ac reatus collata in uxorem, quia pu-* » *dicitiæ præmio cessit, observanda sit, tanquam si maritum* » *ejus natura non pœna subduxerit.* » Plus haut, elle avait dit : « *Nec alieni criminis infortunio adstringi uxorem.* » On ne saurait rien dire de plus moral, de plus équitable et de mieux exprimé.

Cette décision doit être suivie, à plus forte raison, sous le Code Napoléon, qui ne considère pas la donation comme inutile *ab initio*.

(1) Cujas sur le titre du Code *De Donat. int. vir. et uxorem.* Remarquez qu'il ne s'agit que de la servitude de la peine, celle qui résulte d'une condamnation. Il en serait autrement dans le cas où le donateur deviendrait par une cause quelconque l'esclave d'un particulier : la donation s'évanouirait. L. 31, § 1, D. *De donat inter vir. et uxor.*

Si donc, par exemple, après la donation, le donateur était frappé d'aliénation mentale, il ne faudrait pas cruellement enlever au donataire le bénéfice de la libéralité. On devrait agir comme si le donateur était mort au moment où il a perdu la raison (1).

2650. Passons à la capacité du donataire. Un premier point est certain (2), c'est que la capacité du donataire est nécessaire au temps de l'acceptation, solennité importante à laquelle on ne peut prendre part qu'avec le droit d'acquérir, avec une capacité passive, puisque c'est cette solennité qui donne la vie au contrat. Nous n'ignorons pas que, lorsque la donation à cause de mort était en vigueur, il suffisait que le donataire fût capable au temps du décès. Mais remarquons que la donation à cause de mort ne rétroagissait pas en général, tandis que par la confirmation la donation entre époux rétroagit, et qu'on ne peut faire rétroagir une chose à un temps où l'on était incapable (3). Ajoutons que sous le Code Napoléon la validité fait plus que rétroagir; elle est contemporaine de l'acte; il faut donc être capable quand cet acte se constitue.

Mais la capacité du donataire au moment de l'acceptation de la donation suffit-elle? Est-il indifférent qu'il soit devenu incapable à la mort du donateur? D'après le droit romain, le donataire devait être capable au moment du décès du donateur, puisque c'était cet événement qui consolidait la donation. Telle est la décision formelle d'Ulpien dans la loi 32,

(1) MM. Grenier, n° 453, t. IV, p. 450, et Bayle-Mouillard son annotateur, *ibid.*; Toullier, n°s 920 et 921. Delvincourt, t. II, p. 449. Zachariæ, t. V, p. 550 et 551. *Contra*, M. Duranton, n° 778.

(2) *Supra*, n° 441.

(3) Bartole sur la loi *Is qui pro emptore*, 15, D. *De usucap*. Fachinée, *contr.*, lib. 3, ch. 73. «*Retroactio non habet locum nisi extremum ad quod sit habile.*»

§ 6, D. *De donat. inter vir. et uxor.* Comment concevoir, en effet, une confirmation possible de la donation, lorsque le donataire n'est pas apte à en profiter? Ulpien est d'autant plus fort dans sa solution, que, d'après le droit romain, solennellement déclaré dans la loi 18, au C. *De donat. inter vir. et uxor.*, émanée des empereurs Dioclétien et Maximien, le prédécès du donataire faisait obstacle à la confirmation. Car il n'y a pas possibilité de confirmer une donation quand le donataire n'existe plus (1). Or, la mort et l'incapacité du donataire sont ici deux analogues. Pour que la volonté de consolider la donation soit efficace, pour qu'elle ait un objet auquel elle s'applique, il faut qu'elle trouve un donataire vivant et capable.

La décision d'Ulpien, conservée dans les pays de droit écrit, s'était donc transmise jusque dans ces derniers temps comme l'expression d'une vérité juridique incontestable. On tenait pour constant que, la donation étant en suspens jusqu'à la confirmation par la mort, il fallait que le donataire fût capable à ce moment décisif, qui sauve et purifie la libéralité.

Sous le Code Napoléon, il n'est plus possible d'adopter cette jurisprudence. La donation n'est pas inutile *ab initio;* elle est bonne et valable; elle produit des effets immédiats; elle saisit et transmet la propriété *hic et nunc.* Il est vrai qu'elle est soumise à une condition résolutoire. Mais il n'est pas nécessaire que le donataire soit capable au moment où la donation, déjà complète, ne fait que se raffermir par le silence et le fait négatif du donateur. Le donataire n'acquiert pas de nouveau la chose; il l'avait déjà acquise (2);

(1) C'est la remarque de Pothier sur cette loi, Pand. *De donat. inter vir. et uxor.*, no 78.

(2) *Supra*, nº 293.

elle devient seulement incommutable dans ses mains, et la disposition demeure définitive (1).

Il n'en sera autrement que lorsque la donation entre époux aura pour objet les biens à venir, les biens qui seront dans la succession du donateur. Dans ce cas, le caractère testamentaire domine trop énergiquement pour qu'on puisse ne pas exiger la capacité du donataire au moment où s'opère l'acquisition par la mort du disposant. Si donc l'époux donataire est, avant cette époque, condamné à une peine afflictive perpétuelle, la donation ne s'exécutera pas; car, lorsqu'elle pourrait s'exécuter, elle ne rencontrera personne qui soit capable de la recueillir. C'est le cas d'appliquer ici la loi romaine : « *Proinde et si ipse in servitutem redigatur, cui* » *donatum est, extincta erit donatio* (2). »

2651. Occupons-nous maintenant de la forme des donations entre époux.

Nous avons dit que c'est la forme des donations entre-vifs qui doit être observée; ajoutons cependant qu'il n'en est ainsi que sauf certaines modifications nécessitées par la nature des choses.

Pour traiter ce point avec méthode, il faut distinguer le cas où le donateur dispose de ses biens présents, et le cas où il dispose des biens qu'il laissera en mourant. Dans la première hypothèse, la donation doit être entourée des formalités qui suivent : ministère du notaire; acceptation expresse (3);

(1) *Supra*, n° 296.

(2) L. 32, § 6, D. *De donat. inter vir. et uxor.*

MM. Toullier, t. V, n° 918 et Grenier, n° 454, ne distinguent pas entre les donations de biens présents et les donations de biens à venir, et déclarent les unes et les autres caduques par la mort civile du donataire. M. Zachariæ, t. V, p. 531, fait la distinction que nous venons de proposer.

(3) Furgole, t. V, p. 363; Grenier, n° 458, M. Duranton, t. IX, n° 774; Zachariæ, t V, p. 545.

état estimatif (1), si la donation contient des effets mobiliers.

2652. Mais la donation de biens immeubles entre époux ne doit pas être transcrite, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus (2). C'est le droit de révocation auquel elles sont soumises qui les en dispense.

Il est vrai que le droit romain exigeait que la donation entre époux fût insinuée (3); mais toutes les lois romaines sur l'insinuation étaient originairement tombées en France dans la désuétude, et cette formalité ne se pratiquait pas plus pour les donations entre gens mariés que pour les autres donations. Lorsqu'elle fut rétablie, il ne paraît pas que les ordonnances y aient jamais assujetti les donations entre mari et femme. Aussi Furgole enseigne-t-il, sur l'art. 46 de l'ordonnance de 1731, qu'elles étaient exemptes de l'insinuation par la raison qu'étant perpétuellement révocables, elles ne peuvent valoir, sous ce point de vue, que comme donations à cause de mort (4).

Il en est de même aujourd'hui de la transcription qui, avec des différences notables, a remplacé l'insinuation; la révocabilité de la donation entre époux lui communique un des éléments du testament, et il n'en faut pas davantage pour la dispenser d'une formalité qui n'a été établie que pour les donations véritables. Pourquoi donner la publicité qui accompagne la transcription à une libéralité précaire, à un acte qui n'a rien de stable, qui, par sa nature, est révocable *ad nutum*, et qui n'enlève pas au donateur le droit de

(1) Cassat., 16 juillet 1817 (Devill., 5, 1, 348). M. Zachariæ, *ibid. Supra*, no 1251.

(2) No 1170.

(3) L. 25, C. *De donat. inter vir. et uxor.*

(4) Merlin, t. V, p. 358, Répert., v° *Don mutuel*, p. 46, col. 2. alinéa 1 *in fine*.

vendre, d'hypothéquer, etc., etc.? On conçoit cette publicité dans la donation proprement dite, qui est définitive; on ne la comprend pas dans un acte que son auteur peut continuellement défaire par sa seule volonté (1).

2653. Ce ne sont pas seulement les donations de biens présents qui sont soumises aux formalités substantielles des donations entre-vifs, ce sont encore celles par lesquelles un époux donne à l'autre ses biens à venir ou tels biens qu'il laissera dans sa succession.

Comme l'esprit humain est capable de douter de tout, on a soulevé des controverses à cet égard. On a dit qu'en pareil cas la libéralité ne peut être efficace qu'autant qu'elle se produit sous la forme testamentaire; qu'autrement on rétablirait, au moins dans les libéralités entre époux, la donation à cause de mort exclue de nos Codes; que la loi a tracé des formes différentes pour les donations et pour les testaments; qu'elle a mis tout disposant dans la nécessité d'adapter chaque forme à la nature de la libéralité, la forme entre-vifs pour la donation des biens présents, la forme testamentaire pour les biens à venir; que, s'agissant ici du don d'une succession, c'est la forme du testament qui doit nécessairement être employée.

Ce système, quoique plusieurs fois présenté, n'a pas le moindre fondement. Il n'y a aucune incompatibilité essentielle entre la forme d'un acte entre-vifs et le don des biens qui composeront l'hérédité du disposant. Et, par exemple, ne donne-t-on pas valablement sa succession par contrat de mariage? Si la donation entre-vifs proprement dite ne peut embrasser les biens à venir, c'est parce qu'il faut qu'elle

(1) V. MM. Coin-Delisle sur 989, nº 19. Duranton, t. VIII, nº 509. Zachariæ, t. V, p. 335, note 4. *Contra*, MM. Aubry et Rau, t. V, p. 545, et t. V, p. 325, note 4. Demolombe; *Revue critique*, 1851, p. 405.

soit irrévocable. Mais quand, par exception, la loi lui permet de se plier à un droit de révocation, elle perd alors son caractère pur et simple; elle s'imprègne d'un élément étranger, et son originalité consiste à pouvoir faire par acte entre-vifs ce qui, en thèse ordinaire, ne pourrait se faire que par testament. C'est pourquoi l'art. 947 lève, pour les donations contenues au chapitre IX (dont l'art. 1096 fait partie), la prohibition de donner ses biens à venir par acte entre-vifs. D'où il suit invinciblement que les époux sont autorisés à se donner leurs biens à venir par acte entre-vifs (1).

Les époux peuvent donc se conférer des avantages sur la succession l'un de l'autre, soit par testament, soit par acte entre-vifs. Mais s'ils adoptent la forme des actes entre-vifs, il faut, à peine de nullité, qu'ils observent les prescriptions de la loi pour ces sortes d'actes. Il en résulte que le donataire doit faire constater par le notaire son acceptation d'une manière expresse; et si la libéralité est faite par la femme à son mari, la présence de ce dernier et l'autorisation qu'il donne à sa femme ne remplacent pas l'acceptation expresse. La loi n'admet aucun équivalent à cette formalité solennelle (2).

2654. Bien entendu, du reste, que lorsque les biens à venir qu'un des époux donne à l'autre sont des meubles, les parties sont dispensées de faire annexer à l'acte de donation un état estimatif et descriptif. Il est impossible de prévoir, au jour de la donation, quels sont les meubles qui seront dans la succession du donateur. L'inventaire dressé au décès

(1) Cassat., 22 juill. 1807, qui casse un arrêt de la Cour de Rennes du 15 thermidor an XIII, sur le réquisitoire de Merlin (Devill., 2, 1, 414 et Répert., v° *Donation*, sect. 11). Cassat., rej., 5 déc. 1816 (Devill., 5, 1, 257). Rennes, 28 juill. 1824 (Devill., 6, 2, 456).

(2) Nîmes, 20 mars 1841 (Devill., 41, 2, 418). Amiens, 24 novembre 1843 (Devill., 47, 2, 343).

du donateur constate le seul profit que le donataire réalise et ait droit de réaliser, et qui doive entrer dans le calcul de la quotité disponible, s'il y a lieu. Nous l'avons dit et démontré précédemment (1). Cette décision est confirmée par la jurisprudence (2).

2655. Quant à la transcription, il est à peu près inutile de dire que puisqu'elle n'est pas nécessaire pour les donations entre époux de biens présents, elle est, à plus forte raison, déplacée dans la donation de biens à venir, biens qui ne se déterminent avec certitude qu'au décès du donateur (3).

2656. Passons maintenant aux effets que produit la donation entre époux. Et d'abord parlons des effets de la donation entre époux quand elle a pour objet des biens présents. Si nous consultons les meilleurs interprètes du droit romain, nous voyons que la donation entre époux, même lorsque le donateur a saisi le donataire de biens présents, est inutile tant qu'elle n'a pas été confirmée : « *Donatio inter* » *virum et uxorem*, dit Cujas, *et si ab initio fuerit inutilis,* » *convalescit et confirmatur silentio donatoris, morte donato-* » *ris* (4). » Mais quand elle a été confirmée, elle se trouve convalidée *ab initio*, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus (5), et le donataire est censé avoir été propriétaire dès le jour du contrat.

La donation était donc *ab initio* inutile en droit romain; elle n'était pas translative du domaine (6). C'était là un point

(1) *Supra*, n° 1252.

(2) Amiens, 2 mai 1807 (Devill., 2, 2, 237). Rennes, 28 juill. 1821 (Devill., 6, 2, 456). Paris, 29 août 1834 (Devill., 34, 2, 643).

(3) *Supra*, n° 1169. Amiens, 2 mai 1087, déjà cité.

(4) *Recit. sol.* sur le C. *De donat inter vir. et uxor.*

(5) N°s 2641 et 2642.

(6) Ulp., l. 3, § 10 et 11. Pothier, Pand., *De donat. inter vir. et uxor.*, n°s 50, 51. Mantica, *De tacitis et ambig.*, 21, 2, 13.

constant, et qui s'explique par l'histoire des vicissitudes de la donation *inter virum et uxorem*. La nullité avait été la condition primitive et le point de départ du droit ancien; le droit ultérieur, fondé par Antonin Caracalla, n'avait voulu qu'adoucir cette nullité et corriger une trop grande rigueur. La nullité put donc, à l'avenir, être effacée rétroactivement par la confirmation résultant du décès sans révocation; mais elle n'existait pas moins jusqu'au moment où cette confirmation venait en purger la libéralité.

2657. Il n'en est pas de même sous le Code Napoléon. Notre article admet la donation entre époux comme un acte licite : seulement il la déclare révocable. Son principe n'est pas la nullité originaire; c'est, au contraire, la validité, validité qu'il combine avec la garantie d'un droit de révocation.

Il suit de là que, dans le droit dessiné par le Code Napoléon, la donation entre mari et femme transfère le domaine, et qu'elle dessaisit actuellement le donateur, quoique *sub conditione* (1). Par conséquent, le donataire fait les fruits siens. Il est propriétaire à l'égard des tiers, de telle sorte que le créancier du donateur n'a pas le droit de saisir un bien qui, par la donation, est sorti, à l'égard de tous, du patrimoine du donateur, et fait partie du patrimoine du donataire (2).

2658. Mais voici une autre conséquence de notre proposition, c'est que, s'il y a lieu de réduire les libéralités faites par le donateur, parce qu'elles excèdent la quotité disponible, celle dont l'époux profite ne sera réduite qu'à sa date, et par conséquent après tous les legs et les donations qui lui seront postérieurs. L'évanouissement de la condition réso-

(1) Cassat. 12 avril 1843 (Devill., 43, 1, 273.) V. aussi l'arrêt rapporté *infra*, n° 2670.

(2) Arrêt de cassat. du 18 avril 1838, cité plus loin (Devill., 38, 1, 289).

lutoire résultant du décès sans repentir, a corroboré la donation, et, de révocable qu'elle était en principe, il l'a rendue aussi stable, *ab initio*, que si elle eût été pure et simple (1).

On a cependant contesté un point de droit si évident. On ne pouvait le faire sans se jeter dans de bizarres efforts d'esprit, et l'on a dit, en faussant toutes choses :

L'époux qui, après avoir gratifié son conjoint, fait, avec d'autres valeurs, à un tiers, une libéralité qui se trouve excéder la quotité disponible, a eu la volonté de révoquer le don qu'il avait fait à son conjoint, jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire à la validité de la libéralité subséquente. Il faut donc soumettre la donation entre époux à la réduction avant toutes les autres libéralités irrévocables, même postérieures, du même donateur. On ne fait aucun tort à la donation en l'assimilant à un legs, puisqu'elle est révocable comme le legs (2).

Nous admettons bien que l'époux qui regrette d'avoir épuisé sa quotité disponible, en donnant à son conjoint, peut vouloir que ce conjoint subisse la réduction avant des donataires dont les titres sont plus récents. Il le peut; et, si sa volonté apparaît d'une manière régulière et certaine, elle doit être respectée. C'est ce qui avait lieu dans l'espèce d'un arrêt de la cour de Montpellier, du 27 mars 1835, où, d'après les faits de la cause, cette cour reconnut que la donation faite à une femme par son mari devait être primée par une donation subséquente faite à une fille issue de leur mariage, dans le but de la doter (3). Dans ce cas, ce fut la donation faite à l'épouse qui, bien qu'antérieure en date, fut sacrifiée à la donation postérieure. On en comprend à merveille les

(1) *Supra*, n° 293.
(2) M. Duranton, t. VIII, n° 357.
(3) Devill., 36, 2, 198.

motifs; ils sont tirés de l'affection des père et mère, de l'intérêt de leur fille et de la stabilité de ses conventions matrimoniales.

Mais ce que nous déclarons faux et insoutenable, c'est qu'on trouve une semblable volonté implicitement renfermée dans toute donation quelconque postérieure à la libéralité faite entre époux.

L'homme ne se rend pas toujours un compte exact de sa fortune. En faisant une libéralité nouvelle après celle qu'il a faite à sa femme, peut-être a-t-il cru ne pas dépasser les limites de son disponible ; peut-être a-t-il cru que son patrimoine, en s'augmentant, suffirait à l'exécution de ses bienfaits et à la réserve de ses héritiers. S'il eût su que l'une des deux donations dût succomber sous l'action de ses héritiers réservataires, est-il certain qu'il eût sacrifié celle faite à son conjoint ? Faut-il admettre facilement que le conjoint n'occupe pas, comme il le doit, le premier rang dans les affections du disposant ? Celui-ci n'a-t-il pas pu vouloir soumettre le second donataire à la chance de la réduction ?

Il est donc certain, il est donc évident qu'à défaut de circonstances particulières, la donation de biens présents entre époux est semblable à une donation entre-vifs et qu'elle est réductible à sa date (1).

C'est, du reste, ce qui a été jugé par arrêt de la cour de Toulouse, du 21 mai 1829.

Le 30 janvier 1810, une dame Labessière, autorisée de son mari, fit l'acquisition de plusieurs immeubles. L'acte portait que le prix d'achat, montant à 6,000 fr. et payé comptant, provenait des économies de la dame Labessière. Le 13 février 1810, le sieur Labessière fit donation entre-

(1) M. Zachariæ, § 743, note 16 et § 685 *bis*, note 6. Conclusions de M. Nicod. (Devill., 37, 1, 135). V. les consid. d'un arrêt de la cour de cassat. du 12 avril 1843 (Devill., 43, 1, 273).

vifs à la dame Solomiac d'une somme de 21,000 fr. payable après le décès du donateur. En 1821, le sieur Labessière mourut. La dame Solomiac prétendit que l'acte du 30 janvier 1810 contenait une libéralité déguisée au profit de la veuve Labessière, de la part de son mari; en conséquence, elle demanda contre cette dernière le délaissement des immeubles par elle acquis le 30 janvier 1810, ou tout au moins qu'elle fût tenue de faire compte à la succession de son mari des 6,000 fr., prix de l'acquisition. Pour faire accueillir son action, la dame Solomiac soutint que la donation de 21,000 fr., qui lui avait été faite, excédant de la quotité disponible, renfermait une révocation tacite de la libéralité au profit de la dame Labessière.

Ce système, admis par les premiers juges, fut repoussé en appel.

La cour, « attendu que toute donation, déguisée sous » l'apparence d'un contrat à titre onéreux, est valide en » la partie qui n'est pas frauduleuse; attendu qu'il ré- » sulte des circonstances de la cause que les acquisitions » faites par la dame Labessière contiennent une donation du » prix de ces immeubles de la part de son époux, et que » conséquemment cette donation était révocable; attendu » qu'il n'y a pas eu de la part de son mari manifestation de » volonté de la révoquer; que la circonstance de la donation » postérieure de la somme de 21,000 fr. à la dame Solo- » miac, ne manifeste point suffisamment la volonté de ré- » voquer la première, puisqu'il n'est pas justifié qu'à l'épo- » que de cette dernière donation, le quart des biens fût » épuisé par ces deux dispositions, parce que d'ailleurs, ce » quart fût-il absorbé par ces deux donations, cela aurait pu » provenir d'une erreur du donateur dans l'appréciation de » sa fortune présente ou future; met l'appel et le jugement

» dont est appel au néant et rejette la demande formée par
» la dame Solomiac (1). »

2659. Du principe en vertu duquel la donation de biens présents faite de conjoint à conjoint transfère le domaine, on a tiré la conséquence que le prédécès du donateur ne la fait pas tomber en caducité, puisqu'avant cet événement, elle a produit des effets qui sont un droit acquis (2). Telle n'était pourtant pas la jurisprudence romaine. Le droit romain déclarait caduque la donation entre époux, quand le donataire prédécédait. Cette règle est écrite tout au long dans la loi 18, § 16, C. *De donat. inter virum et uxorem.* Elle était fondamentale (3). La raison en était que, puisque la donation était révocable jusqu'au décès du donateur, on ne pouvait concevoir une confirmation possible de cet acte, s'il n'y avait plus de donataire (4). Les pays de droit écrit avaient adopté sans contestation l'autorité des lois nombreuses qui, dans le Digeste et le Code, le décidaient ainsi (5).

Mais il y a cette différence entre le droit romain et le Code Napoléon, que le premier tenait la donation pour inutile tant qu'elle n'était pas confirmée, tandis que le second la tient pour valable sauf le droit résolutoire de révocation. Or, dans le système du droit romain, c'est le moment du décès du donateur, sans repentir, qui faisait acquérir la chose. Il fallait donc que le donataire fût vivant à ce moment.

(1) Devill., 9, 2, 268.

(2) MM. Toulier, t. V, no 918; Grenier, n° 454. Delvincourt, t. II, p. 449; Vazeille sur l'art. 1096, no 9. Rolland de Villargues, Rép., v° *Donat. entre époux*, n° 71; Duranton, t. IX, n° 777; Championière et Rigaud, *des droits d'enregistremeat*, t. IV, n° 2989.

(3) Pothier, Pand. *De donat. inter vir. etuxorem*, nos 78, 82, 83. Mantica, *de tacitis*, etc., etc., 21, 9, 2.

(4) Pothier, *loc. cit.*

(5) Despeisses, p. 1, tit. 14, sect. 1, n° 25, 3°. Rousseau de la Combe, v° *Donat.*, sect. 4, dist. 1 no 3.

Chez nous, au contraire, la chose est acquise avant la confirmation; et puisqu'il est de principe que *confirmatio nihil novi juris addit*, on ne voit pas pourquoi il faudrait que le donataire fût vivant au moment du décès qui, à vrai dire, ne lui transmet rien de nouveau (1).

C'est du reste ce que la cour de cassation a décidé dans une espèce digne d'être remarquée. La question s'élevait, non entre le donateur et les héritiers du donataire, mais entre les créanciers du donateur et les héritiers du donataire; on aperçoit tout de suite ce que cette situation avait de délicat et de grave.

Voici du reste les faits de la cause. Par acte du 10 juillet 1810, la dame Lecorgne fit donation à son mari de plusieurs immeubles et d'objets mobiliers, dont un état estimatif et descriptif fut annexé à la donation.

Le sieur Lecorgne, donataire, est décédé en 1834, laissant deux enfants mineurs et sa femme survivante, qui conserva la possession de tous les biens appartenant au défunt.

En 1838, un créancier de la dame Lecorgne fit saisir des biens qu'elle détenait, parmi lesquels se trouvaient des objets compris dans la donation de 1810.

Les enfants Lecorgne demandèrent la distraction de ces objets qu'ils prétendaient leur appartenir en vertu de cette donation et comme étant aux droits de leur père. Le créancier soutint que la donation de 1810 était caduque par le prédécès de l'époux donateur.

Le tribunal de Montfort, le 30 juin 1842, et la cour de Rennes, le 8 février 1843, admirent la caducité de la donation et validèrent la saisie.

Les héritiers Lecorgne se pourvurent en cassation.

M. Delangle, alors avocat général, conclut au rejet du

(1) *Supra*, nos 293 et 2650.

pourvoi. « La conséquence du principe de la révocabilité de » la donation, disait-il, n'est-elle pas que, en cas de prédé- » cès du donataire, la disposition doit être caduque ? Nous » le croyons, et notre opinion est déterminée par l'origine » de la loi, par son texte, par la nature de la disposition dont » on s'occupe. L'origine de la loi : elle est toute romaine... » Son texte : ... L'art. 1096 est précis, la révocabilité y est » expressément écrite. Il y a plus, la loi veut que l'époux » donateur ne cesse jamais d'avoir la faculté de révoca- » tion : « seront toujours révocables... » de la faculté » de révoquer tout aussi bien après le décès du dona- » taire que du vivant de celui-ci à la caducité, il n'y a qu'un » pas.

» La nature de la disposition : ... C'est à l'époux person- » nellement, à l'époux seul, que la donation est faite. S'il » meurt avant le donateur, tout est fini. On ne peut douter » que par la donation le donateur a préféré le donataire a » lui-même, mais le donataire seul. Encore ne s'est-il pas » irrévocablement dépouillé, puisqu'il peut lui retirer le » bienfait de la donation. Or, comment admettre que la do- » nation puisse survivre au donataire ? »

Contrairement à ces conclusions, la cour,

« Attendu que la donation du 10 juillet 1810, faite par » la dame Lecorgne au profit de Julien Lecorgne son mari, » de biens immeubles présents et d'effets mobiliers dont un » état estimatif a été annexé à la minute de la donation, » conformément à l'art. 948 du Code civil, est entre-vifs, et » qu'ainsi Lecorgne donataire s'est immédiatement trouvé » saisi de la propriété des choses données ;

» Attendu qu'une donation entre-vifs régulièrement faite » et dûment acceptée, forme un contrat qui ne peut être » annulé ou révoqué que dans les cas ou pour les causes que » la loi autorise ;

» Attendu qu'aucun article du Code civil ne déclare ca-
» duque la donation entre-vifs faite pendant le mariage par
» un des époux à l'autre époux, dans le cas de prédécès de
» l'époux donataire; que le silence du Code à cet égard
» s'explique et se justifie par la nature même de la disposi-
» tion, puisqu'au lieu d'être réellement entre-vifs et de
» transmettre actuellement la propriété, elle n'aurait eu
» alors que le caractère d'une donation à cause de mort.

» Attendu d'ailleurs que dans les chap. 5 et 6 du Code
» civil, au titre des donations et des testaments, et notam-
» ment dans les art. 1039, 1088 et 1089, le législateur s'est
» occupé de la caducité, soit des dispositions testamen-
» taires, soit des donations, et qu'il est dès lors naturel
» d'admettre que s'il eût voulu que la donation d'un époux
» au profit de son conjoint, pendant le mariage, devînt ca-
» duque par le prédécès de celui-ci, il l'eût formellement
» déclaré ;

» Attendu que l'arrêt attaqué n'a pu faire résulter cette
» caducité : 1° de l'art. 1092 qui dispose que la donation
» entre époux par contrat de mariage, ne sera pas censée
» faite sous la condition de survie de l'époux donataire, si
» cette condition n'est formellement exprimée ; 2° et de ce
» que la même disposition n'a pas été reproduite à l'égard
» des donations entre époux pendant le mariage; que ces
» dernières donations, en effet, quoique entre-vifs, sont,
» aux termes de l'art. 1096 du Code civil, toujours révoca-
» bles par l'époux donateur, que la révocabilité est l'unique
» condition à laquelle elles aient été soumises, et que tant
» que le donateur ne juge pas à propos d'user du droit de
» révocation qui lui est purement personnel, et repose sur
» des motifs qui ne peuvent s'appliquer à l'événement du
» prédécès de l'époux donataire, la donation continue de
» subsister et reste dans toute sa force ; qu'ainsi, il n'y avait

» pas lieu de reproduire, pour qu'elle fût maintenue non-
» obstant la mort du donataire, la présomption établie par
» l'art. 1092 pour les donations faites par contrat de ma-
» riage et irrévocables ;

» Attendu qu'il n'a été présenté aucun acte d'où il soit
» résulté que la dame Lecorgne avait révoqué la dona-
» tion du 10 juillet 1810 ; que dès lors les demoiselles Le-
» corgne sont, comme héritières de leur père, propriétaires
» des biens donnés....

» Casse (1)..., etc. »

Après y avoir bien réfléchi, il nous semble que cette décision est à l'abri de toute critique (2). Pourtant, il faut reconnaître que cette jurisprudence sera d'une application bien difficile toutes les fois que les choses se passeront entre le donateur et les héritiers du donataire. Car, puisque le donateur est armé jusqu'à sa mort du droit de révocation, qui pourrait l'empêcher d'en user et de faire cesser par là la résistance des héritiers (3)?

Mais ce n'est pas là une raison suffisante pour atténuer l'autorité de l'arrêt de la cour de cassation. On trouve même dans cette observation une réponse à l'objection tirée par M. Delangle du caractère personnel de la libéralité. Car le donateur est maître d'en empêcher la transmission aux héritiers, en déclarant qu'il révoque la donation.

2660. Nous avons étudié les effets de la donation entre époux, ayant pour objet des biens présents; nous aurons à

(1) Arrêt du 18 juin 1845 (Devill., 45, 1, 638. *Palais*, 45, II, 112), sur le renvoi, arrêt d'Angers du 27 janvier 1848 (Devill., 48, 2, 108). Limoges, 1er février 1840. (Devill., 40, 2, 241.) Toulouse, 26 février 1861. (Devill. 61, 2, 327.) *Contra*, Aix, 21 mars 1832 (Devill., 32, 2, 435).

(2) Nous avons cependant exprimé une idée contraire, *Contrat de mariage*, n° 3273. Mais nous ne saurions y persister.

(3) *Infra*, n° 2674.

passer en revue les mêmes questions en supposant une donation de biens présents et à venir.

Si un époux donne à son conjoint tout ou partie des biens qu'il laissera en mourant, cette donation aura des effets presque en tout semblables à ceux d'une institution contractuelle ou d'une donation de biens présents et à venir par contrat de mariage.

Le donataire ne sera propriétaire des biens qu'à partir de la mort du donateur. Il les prendra dans l'état où ils seront à cette époque; il subira l'effet des dettes contractées par le donateur, même postérieurement à la donation, même à titre chirographaire. Il n'aura pas toutefois de demande en délivrance à former pour être autorisé à se mettre en possession. Car il est saisi, par la nature de son titre, des biens qui lui ont été donnés (1). La propriété lui en est de plein droit transférée au jour du décès, par la puissance de la convention. Il a, en conséquence, droit aux fruits du jour du décès.

2661. Si, pour que la réserve des héritiers soit intacte, il faut réduire les libéralités du défunt, dans quel ordre la donation de biens à venir faite au conjoint sera-t-elle réductible ?

Nous avons vu qu'une institution contractuelle, faite par contrat de mariage, ne subit de retranchement qu'à sa date et après toutes les libéralités faites postérieurement (2). Mais l'institution contractuelle est irrévocable et la donation entre mari et femme ne l'est pas. De cette différence, on conclut, non sans raison (3), que si l'époux donataire doit être préféré aux légataires, puisqu'il est saisi, comme nous

(1) *Supra*, nos 2428 et 2429. Les arrêts qui y sont cités sont rendus dans l'espèce d'une donation entre époux.

(2) *Supra*, n° 2658.

(3) MM. Aubry et Rau, traduction de M. Zachariæ, t. V, p. 552, § 744, note 17.

venons de le dire (1), de plein droit, au jour du décès, par son titre, et n'a pas besoin de demander la délivrance, il doit subir la réduction avant tous ceux qui ont été gratifiés par actes entre-vifs, même depuis la donation entre époux. En effet, la donation de biens présents et à venir, la donation des biens qu'on laissera à son décès, ne rétroagit pas au jour du contrat; elle n'a d'effet et ne prend date que du jour du décès, et par conséquent l'époux donataire ne devient propriétaire qu'après les donataires qui ont été saisis du vivant du donateur. Supposons, par exemple, que le disposant ait donné, le 1er janvier 1850, à son conjoint, les biens qu'il laissera à son décès, et que plus tard, c'est-à-dire les 2 février 1851 et 30 mars 1853, il donne à Primus l'immeuble A, et à Secundus l'immeuble B; il décède le 15 juillet 1854. Comment le conjoint pourrait-il entrer en lice avec ces donataires? Comment, lui qui n'est propriétaire que depuis le 15 juillet 1854, pourrait-il être préférable à Secundus, qui est propriétaire depuis 1853, et à Primus, qui est propriétaire depuis 1851? Est-ce que le disposant n'a pas implicitement manifesté une volonté contraire à la prétention de son conjoint, en rendant Primus et Secundus immédiatement propriétaires, tandis qu'il a remis à sa mort l'événement qui devait investir l'époux donataire de la propriété?

Il est vrai que nous faisons passer l'époux avant les légataires. La raison en est simple, c'est qu'étant saisi par la puissance de son titre qui lui a transféré la propriété de plein droit et sans demande en délivrance, au moment du décès, il pèse plus que les légataires, qui sont obligés de demander cette même délivrance; mais il pèse moins que les donataires qui dès avant le décès sont investis d'une

(1) N° 2660.

propriété acquise, transférée, définitive, qui ont pour eux une aliénation consommée avant la sienne.

Que si après la donation faite à l'autre époux de portion de la succession, le donateur faisait une libéralité par institution contractuelle à un de ses enfants ou à un tiers, la question serait plus délicate. Car il s'agirait de deux libéralités ayant l'une et l'autre pour objet des dispositions qui tiennent du testament et qui par conséquent semblent devoir marcher d'un pas égal comme les legs. Néanmoins, je donnerais la préférence à l'institution contractuelle sur la donation d'époux à époux, bien que celle-ci soit antérieure à celle-là. La raison en est que l'institution contractuelle est irrévocable et que la donation entre époux est soumise à la volonté ambulatoire de l'homme. Sous ce rapport, la première est plus rapprochée de la donation; la seconde est plus rapprochée du legs. Il faut donc mettre entre l'une et l'autre la différence qui existe, sous le rapport de la réduction, entre la donation et le legs.

2662. La question de savoir si une donation entre époux est caduque par le prédécès du donataire au donateur, assez controversée lorsqu'il s'agit de biens présents, ne l'est plus quand il s'agit des biens que le donateur laissera dans sa succession. Dans ce dernier cas, la caducité est certaine. Le droit du donataire, éventuel jusqu'à la mort du donateur, s'ouvre à cette époque. Nous avons vu *supra* (1) que le donataire doit être capable alors pour acquérir. Or la première condition de capacité est qu'il existe. S'il meurt avant l'ouverture de la succession du donateur, il n'a rien acquis et ne saurait rien transmettre à ses héritiers.

2663. Il faut maintenant nous occuper de la révocabilité des donations entre époux. C'est là leur trait caractéristique.

(1) N° 2650.

La révocabilité est de l'essence des donations entre époux. Le donateur ne saurait d'avance abdiquer cette faculté. Le législateur a craint qu'un époux ne fût en butte à des obsessions de la part de son conjoint, et il a voulu qu'il pût toujours se soustraire à l'influence qui l'avait un instant dominé. Il a voulu, de plus, armer l'époux donateur d'un moyen salutaire contre les torts et l'ingratitude de l'autre époux.

De là, il suit que le donateur ne peut acquiescer à un jugement qui repouse une demande en restitution par suite de révocation. L'acquiescement n'empêcherait pas de poursuivre en appel l'exercice d'un droit que l'on ne peut perdre par sa volonté (1).

2664. Ce n'est pas tout, et pour conserver à l'époux le plus faible l'intégrité d'une faculté si tutélaire, notre article décide que la femme donatrice pourra l'exercer sans y être autorisée par son mari, ni par justice. La femme est seule juge des motifs qu'elle a de persévérer ou non dans la libéralité qu'elle a faite. Elle ne doit pas être mise dans la nécessité de déduire devant la justice les griefs qu'elle a contre son mari. La condition des époux ne serait pas égale si la femme n'était absolument libre.

2665. L'expression de la révocation doit attirer notre attention.

En droit romain, il suffisait que le donateur eût manifesté quelques signes de repentir, pour que la donation ne fût pas confirmée (2). A la vérité, il fallait que les apparences de ce repentir fussent évidentes (3). Mais on pouvait aller les

(1) Arrêt de la cour de cassation du 22 juillet 1846, cassant un arrêt de la cour de Nîmes du 9 février 1842 (Devill., 46, 1 605).

(2) L. 32, § 4, D. *De donat. inter vir. et uxor.*, l. 15, C. eod. tit. Mantica, *De tacit. et ambiguis*, 21, 101 et suiv.

(3) L. 32, § 4, précitée.

puiser à toutes les sources et les demander à tous les genres de preuves.

Il n'en est pas de même aujourd'hui, et nous ne saurions être aussi larges. Le repentir du donateur n'a de valeur qu'autant qu'il se signale par les déclarations de changement de volonté qui sont de nature à révoquer un testament (1). Nous devons être plus difficiles pour révoquer une donation qui vaut dans son principe, que ne l'étaient les Romains pour empêcher la confirmation d'une donation inutile en elle même; « *Facilius*, dit Mantica, *impeditur donatio, quæ nulla est, ne confirmari possit, quam si valeat, ut revocetur* (2).

Nous disons donc que lorsque le donateur veut faire une révocation directe et expresse de sa libéralité, cette révocation ne peut être exprimée que dans les formes admises par la loi pour les révocations de testament; c'est-à-dire dans un acte en forme de testament, ou dans un acte notarié. C'est ce qu'il faut induire, au surplus, de l'art. 1035 du Code Napoléon combiné avec la loi du 21 juin 1843 (3). Il est vrai que notre article n'a pas prononcé de renvoi formel à l'art. 1035. Mais il n'est pas croyable qu'il ait attaché moins d'importance à la révocation d'une donation entre époux qu'à la révocation d'un testament. Sans doute il faut accorder toutes facilités à l'époux qui veut reprendre ce qu'il a donné sous l'empire de l'obsession. Mais il ne s'ensuit pas qu'il faille s'abstenir de toute garantie sur la certitude et la sincérité de la volonté de révoquer. C'est pourquoi la loi du 21 juin 1843 sur la forme des actes notariés range les révocations de donations entre époux, avec les révocations de

(1) Art. 1035 et 1038. *Supra*, nos 2045 et suiv.

(2) *Loc. cit.*, no 2.

(3) *Contra*, M. Coin-Delisle sur l'art. 1096, no 15, et M. Freminville sur Grenier, no 462, note *a*.

testament, parmi les actes pour lesquels la présence réelle du notaire en second ou des deux témoins est nécessaire. Comment croire que la révocation de la donation entre époux, pour lesquelles la forme simple d'un acte notarié ne suffit pas, pourrait se faire par un acte sous seing privé ne satisfaisant pas aux conditions d'un testament (1)? Le contraire ne serait-il pas un retour aux notions du droit romain, dont la facilité sur ce point s'expliquait par des raisons qui précisément doivent nous rendre plus difficiles sous le Code Napoléon?

2666. Il arrive assez souvent qu'à la fin d'un testament on déclare révoquer tous testaments ou codicilles antérieurs. Cette phrase générale ne suffit pas, du moins ordinairement, pour révoquer les donations faites par le testateur à son conjoint. Car une donation entre époux faite par acte entre-vifs, même relativement à des biens à venir, ne saurait être appelée ni un testament, ni un codicille, ni un legs. Furgole le décidait ainsi avec raison (2), et c'est aussi ce qu'a jugé la cour de cassation dans l'espèce suivante :

Le sieur Chenal épousa, en 1807, la demoiselle Adélaïde Trielle. En 1814, les deux époux se firent donation réciproque au survivant de l'universalité des biens du prédécédé. En 1835, la dame Chenal légua par testament à son mari l'usufruit de la moitié de tous ses biens, la nue propriété de cette moitié à sa sœur, et déclara révoquer tout testament antérieur.

La cour de Paris a décidé, le 30 juillet 1836, que cette dame n'avait pas voulu révoquer la donation faite à son mari, si ce n'est pour la moitié dont elle léguait la nue propriété à sa sœur.

(1) MM. Grenier, n° 462. Duranton, t. IX, n° 779. Zachariæ, § 744, n° 23.

(2) Sur l'art. 18, tit. 1, ord. des subst., vol. 7, p. 86.

La cour de cassation a rejeté, le 17 juillet 1837, le pourvoi contre cet arrêt, attendu que la cour d'appel avait fait une appréciation d'actes et de faits qui lui appartenait souverainement (1).

Toutefois, dans une matière où la volonté doit dominer, et où cette volonté n'a pas de forme sacramentelle pour se faire connaître, il faut laisser aux juges le droit d'apprécier les circonstances qui seraient de nature à légitimer une autre interprétation.

2667. Ce n'est pas seulement par une révocation expresse que la donation peut s'évanouir. Il y a encore, ici comme dans la matière des testaments, les révocations virtuelles et tacites, qui résultent de tous les actes postérieurs du donateur qui, étant inconciliables en tout ou en partie avec la donation faite entre les époux, révèlent de la part du donateur la volonté d'anéantir en tout ou en partie cette donation. Il est naturel et conséquent avec ce que nous venons de dire sur la forme de la révocation expresse, de suivre par analogie les règles tracées par la loi et la jurisprudence pour la révocation des legs (2).

Ainsi, point de doute que la donation faite au conjoint ne soit révoquée par une donation plus récente et ayant pour objet les biens précédemment donnés au conjoint. Il faut rendre la même décision si l'époux donateur dispose des mêmes biens par un testament postérieur à la donation.

Ainsi encore un mari qui a donné à sa femme tous les biens qu'il laisserait libres à son décès, révoque cette donation jusqu'à due concurrence, lorsque par testament il lègue à une personne l'usufruit, à une autre personne la nue propriété d'une somme de 4,000 fr. (3).

(1) Devill., 37, 1, 913.
(2) Art. 1036 à 1038, C. Nap. V. *Supra*, nos 2066 et suiv.
(3) Paris, 17 juillet 1826. (Devill., 8, 2, 261.)

De même, si un époux vend à un tiers le bien qu'il a donné à son conjoint, il révoque par cela même la donation. Et il n'y a pas à distinguer si la vente a été pure et simple ou si la vente a été faite avec faculté de rachat et si le rachat a été exercé. Peu importe que le bien soit rentré en la main du donateur, la donation qu'il avait faite à son conjont a été révoquée à tout événement. Nous étendons ainsi par analogie à notre matière la décision donnée par le législateur pour le cas du testament (1). Il y a même raison de prévenir, dans les deux hypothèses, des recherches d'intention toujours difficiles, quelquefois insolubles.

2668. La constitution par le donateur d'une hypothèque sur l'immeuble qu'il a donné à son conjoint, n'emporte pas une révocation nécessaire de la donation (2). En effet, celle-ci peut subsister encore après l'établissement de l'hypothèque; le donataire est seulement ménacé d'un péril d'expropriation. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 1020 du Code Napoléon, le légataire subit l'hypothèque établie par le testateur sur la chose léguée, même depuis le testament (3). Il arrivera de deux choses l'une :

Ou la dette sera payée par le donateur ; en ce cas, la donation conservera tous ses effets et n'aura été que frappée d'une incertitude maintenant évanouie ;

Ou la dette n'étant pas payée à l'échéance, le créancier hypothécaire usera de son hypothèque, et s'il n'est pas désintéressé par le donataire lui-même, il l'expropriera. Après l'adjudication sur saisie, l'excédant du prix sur le montant des créances pour lesquelles le donateur avait hypothéqué

(1) Art. 1038, C. Nap. *Supra*, nos 2085, 2093.

(2) Justinien, *Novell.* 162, ch. 1. Furgole sur l'art. 18, t. I, de l'ordonn. des *Subst.*, t. VII, p. 87. Avant Justinien, il y avait eu des doutes. V. la la loi 32, D. *De donat. inter. vir.*

(3) V. *supra*, no 1942.

l'immeuble donné, reviendra, non pas aux autres créanciers du donateur, mais au donataire lui-même.

2669. A plus forte raison, la donation n'est-elle pas révoquée quand le donateur se borne à hypothéquer à un tiers l'immeuble sur lequel la donation a été assurée antérieurement par une hypothèque. Disposer des sûretés de la donation, ce n'est pas révoquer la donation même qui, dans la pensée du donateur, pouvait sembler investie de suffisantes garanties.

Un sieur Célérier donne à sa femme 4,000 francs et lui constitue hypothèque sur une maison pour sûreté de cette somme. Plus tard il hypothèque la même maison à ses créanciers. Enfin, ménacé de poursuites, il vend cette maison moyennant un prix insuffisant pour faire face à toutes les créances hypothécaires. Dans ces circonstances, il était clair que Célérier n'avait pas manifesté la volonté de révoquer la donation faite à sa femme, et c'est ce qu'a décidé la cour de Limoges, par arrêt du 1er février 1840, « attendu » qu'en hypothéquant à ses créanciers la maison qui servait » de gage et de sûreté à Jeanne Lachaud pour la donation » que lui avait faite son mari, celui-ci n'a pas manifesté l'in- » tention de révoquer cette donation soit en tout, soit en » partie, parce que dans son opinion sa maison pouvait avoir » une valeur suffisante pour désintéresser sa femme et ses » créanciers; qu'il est vrai que Célérier a vendu la même » maison pour un prix qui n'est pas assez élevé pour remplir » les enfants Célérier des reprises de leur mère, leur payer » les 4,000 fr. montant de la donation et acquitter les créances » dues; mais que par cette vente que Célérier a été forcé de » contracter pour éviter des poursuites rigoureuses, il n'a » pas exprimé la volonté, ni expresse ni tacite, de faire pro- » duire effet aux hypothèques qu'il avait données à ses créan- » ciers de préférence à celle qu'il avait antérieurement

» fournie à sa femme; qu'ainsi aucune révocation de la do-
» nation n'a été faite (1). »

2670. Ce ne serait pas non plus révoquer virtuellement la donation que de contracter ultérieurement des engagements et des dettes avec des tiers; et si les obligations du débiteur entraînaient des condamnations judiciaires, l'hypothèque attachée aux jugements ne s'étendrait pas aux immeubles présents qui auraient fait l'objet de la donation à l'époux; car ils seraient aliénés avant que le droit des créanciers ne fût formé. Vainement objecterait-on que les créanciers ont un gage virtuel sur les biens que le donateur peut faire rentrer dans son domaine par une révocation; il est facile de répondre que tant que ses biens ne sont pas repris, ils sont aliénés. Nous verrons d'ailleurs, tout à l'heure, que le droit de révocation n'appartient pas aux créanciers du donateur, et que ce droit est purement personnel (2).

Voici, du reste, un arrêt de la cour de cassation du 18 avril 1838, qui tranche ces questions de la manière la plus nette, et que nous rapportons tout au long à cause de sa grande importance.

Le sieur Dubarret, durant son mariage, fit plusieurs acquisitions d'immeubles sous le nom de sa femme. Plus tard il fut condamné envers un sieur Paillet à 140,000 fr. de dommages et intérêts; et, en 1832, une séparation de biens fut prononcée entre les époux. La dame Dubarret voulut se faire attribuer les immeubles acquis sous son nom. Paillet, le créancier, résista à cette prétention, et le tribunal de la Seine, le 25 juillet 1834, déclara que les immeubles acquis par Dubarret, sous le nom de sa femme, faisaient partie de l'actif de la communauté qui avait existé entre les sieur et dame Dubarret.

(1) Devill., 40, 2, 241.
(2) N° 2672.

Sur l'appel, ce jugement fut infirmé par la cour de Paris le 21 mai 1835, laquelle a considéré, « en ce qui touche la » nullité des donations faites par Dubarret à sa femme et » déguisées sous forme d'acquisition, que si les donations » faites entre époux, pendant le mariage, participent des » dispositions à cause de mort, en ce qu'elles sont révoca- » bles jusqu'à la mort du donateur, il faut reconnaître » que le titre de donation que leur donne la loi, leur assure » l'effet des donations entre-vifs de saisir le donataire de la » propriété des objets donnés, tant que par une cause pré- » vue par la loi, elles ne sont pas révoquées; que la révoca- » tion de la donation par l'époux donateur peut être expresse » ou résulter des faits qui supposent nécessairement l'inten- » tion d'annuler l'acte de libéralité qu'il a fait; mais que la » révocation ne peut être la suite et l'effet des dettes con- » tractées par le mari. »

Sur le pourvoi, arrêt du 18 avril 1838 qui rejette la requête, « attendu qu'il résulte du chap. 9, tit. 2, liv. 3 du » Code civil, que les époux peuvent se faire pendant le ma- » riage des donations entre-vifs; que l'effet de ces donations, » lorsqu'elles ont pour objet des biens présents, est de sai- » sir l'époux donataire de la propriété des choses données; » que s'il en était autrement, ces donations perdraient leur » véritable caractère pour ne devenir que des donations à » cause de mort et être assimilées aux testaments;

» Attendu que le droit de révocation, réservé à l'époux » donateur par l'art. 1096 C. civ., rend résoluble la dona- » tion entre-vifs qu'il a faite à son conjoint, mais n'empêche » pas que la propriété ne repose sur la tête du donataire » tant qu'il n'y a pas de changement de volonté du donateur » légalement manifesté.... ;

» Attendu que le changement de volonté de l'époux do- » nateur et la révocation de la donation entre-vifs ne peuvent

» résulter des dettes et engagements contractés postérieu-
» rement à la donation, et lors desquels le donateur n'a
» entendu transmettre aucun droit ni conférer aucune ga-
» rantie sur les choses par lui précédemment données (1). »

2671. Du reste, dans toutes les questions de révocation virtuelle qui pourront se présenter, il faut se rappeler que dans le doute, la stabilité de la donation l'emporte, et qu'il faut être plus enclin à la faire valoir qu'à l'anéantir. C'est là une règle en toute matière, et Mantica la rappelle avec force sur le sujet qui nous occupe (2). Avant lui, le droit romain l'avait formellement posée dans un texte approuvé par la raison (3).

2672. Le droit de révoquer la donation est exclusivement personnel au donateur. L'exercice de ce droit dépend, en effet, de considérations dont il est seul juge, de sentiments qu'il peut seul apprécier. C'est un jugement domestique qu'il peut seul porter dans sa souveraineté et que nul autre ne peut rendre à sa place. Aussi, ce droit de révocation ne saurait être exercé par les créanciers du donateur, invoquant l'art. 1166 du Code Napoléon ; et il serait téméraire de leur part de vouloir retirer par intérêt, ce que le conjoint a dûment aliéné par affection (4). Écoutons d'ailleurs la cour de Limoges dans un arrêt du 1er février 1840 (5) : « attendu
» que si l'art. 1166 C. civ. permet aux créanciers d'exer-
» cer tous les droits et actions de leur débiteur, il y a excep-
» tion à l'égard de ceux qui sont exclusivement attachés à
» la personne; attendu que la faculté accordée par l'arti-
» cle 1096 au donateur de révoquer la donation par lui faite,

(1) Devill., 38, 1, 289. *Palais*, 38, 1, 492.
(2) *De tacitis*, 21, 10, 13.
(3) *Supra*, n° 2665.
(4) *Supra*, n° 2670.
(5) Devill., 40, 2 241.

» est une faculté personnelle que le législateur a voulu lui
» laisser pour en user à sa volonté; qu'il est évident que les
» motifs de révocation ne peuvent appartenir qu'à l'époux
» donateur; que les créanciers seraient dans l'impossibilité
» de les apprécier et se décideraient toujours pour la ré-
» vocation (1).... etc. »

Ce que les créanciers ne peuvent pas faire, les héritiers du donateur ne peuvent le faire davantage. La mort du donateur corrobore la donation au lieu de la laisser exposée à de nouveaux périls.

2673. Du reste, le donateur a le droit de révoquer la donation jusqu'à ses derniers moments. Quand Antonin Caracalla opéra sa réforme de l'ancien droit, il entendit que le donateur pourrait se repentir à sa dernière heure par une volonté qu'il appela suprême (2.

Lors même que le donataire serait mort avant le donateur (3), le droit du donateur ne serait pas altéré, et il pourrait s'exercer comme si le donataire était toujours vivant (4). Si le donateur peut révoquer la donation au préjudice de l'autre époux, s'il est maître d'user de son droit sans en rendre compte, combien, à plus forte raison, est-il libre et souverain dans sa détermination à l'égard des héritiers, moins favorables et moins dignes de ménagements.

2674. La révocation produit des effets absolus à l'égard des tiers à qui l'époux donataire a pu transmettre les biens. Cet époux, n'ayant qu'un droit résoluble, suivant la volonté du donateur, n'a conféré à ses ayants cause qu'un droit af-

(1) *Junge* Zachariæ, § 744, t. V, p. 559, note 31.

(2) *Adversus supremam voluntatem ejus qui donavit*, l. 32, § 2, D. *De donat. inter vir. et uxor.*

(3) No 2659.

(4) V. les conclusions de M. Delangle lors de l'arrêt rapporté, *supra*, n° 2659.

fecté de la même chance de résolution. Il est vrai que la révocation pour ingratitude ne doit atteindre que l'époux coupable et ne doit pas nuire aux tiers de bonne foi. Mais il n'y a aucune comparaison à faire entre la révocation pour cause d'ingratitude et la révocation *ad nutum* de la donation entre époux. Le donateur peut vouloir satisfaire ses créanciers, doter ses enfants, etc., etc. Et pour y parvenir, il impose à son conjoint un sacrifice commandé par les plus graves raisons. Lui-même, il peut obéir à des sentiments moins passionnés et éprouver le besoin de dégager sa liberté. Sous tous ces rapports, on n'aperçoit rien d'analogue entre ce genre de révocation et la révocation pour ingratitude. Celle-ci ne se présume jamais, parce que l'ingratitude prévue aurait empêché la donation. Mais le droit de révocation est censé stipulé de plein droit, bien que le donateur espère n'en pas faire usage.

Son droit résulte donc d'une condition imposée primitivement au contrat; c'est une cause *primæva et antiqua*, qui donne lieu à l'application de la maxime : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

2675. L'effet de la révocation était chez les Romains, d'obliger le donataire à restituer tout ce dont il était censé s'être enrichi. Mais la révocation n'opérait aucun effet sur ce qui ne l'avait pas rendu plus riche. Ainsi, une femme avait-elle donné une somme d'argent à son mari pour acheter une dignité honorifique; comme cette dignité ne l'enrichissait pas, la révocation ne pouvait atteindre ce don (1).

De même, le mari avait-il donné à sa femme une somme d'argent pour rebâtir sa maison brûlée par le feu; la révocation était impuissante, et le repentir inutile. La femme

(1) L. 40, 41, 42, D. *de Donat. inter vir. et uxor.*; l. 21, C. eod.

n'ayant fait que réparer une perte et n'ayant pas fait de gain, n'avait rien à restituer au donateur repentant (1).

C'est encore ce que l'on décidait quand l'un des époux avait donné à l'autre de quoi s'acheter une sépulture. Bien que le donataire fût devenu plus pauvre si cette donation ne lui avait pas été faite, puisqu'il aurait été obligé de prendre la somme sur ses propres ressources, il n'était pas au pouvoir du donateur de révoquer la libéralité, le donataire n'en étant pas devenu plus riche (2). Enfin, le mari donateur n'avait rien à répéter, lorsque, par exemple, ayant donné 10,000 fr. à sa femme, celle-ci avait dépensé cet argent pour sa table, sa toilette, ou pour nourrir ses esclaves. La femme n'était pas plus riche, puisqu'il ne lui restait rien de ce qui lui avait été donné : « *Non videtur locupletior facta esse mu-* » *lier, si aut in obsonio, aut in unguentis, aut in cibariis* » *familiæ, donatam sibi pecuniam impenderit* (3). »

Tel était donc là-dessus le système du droit romain ; il était suivi dans les pays de droit écrit (4).

Mais il n'y a aucune bonne raison pour l'introduire dans l'interprétation du Code Napoléon. Si le droit romain avait envisagé les choses à ce point de vue, c'était pour adoucir une rigueur prohibitive qui choquait l'équité. Le système originaire sur lequel le droit romain s'était édifié, était une nullité radicale et absolue, que l'on avait peu à peu corrigée de deux manières : d'une part, par la confirmation de la donation résultant du décès sans expression de repentir; d'autre part, en enlevant le caractère de donation aux dons qui, de fait, ne rendaient pas le donataire plus riche. Mais

(1) L. 14, D. *de Donat. inter vir.*

(2) L. 5, § 8, D. *de Donat. inter vir. et uxor.*

(3) L. 31, § 9, D. *de Donat. inter vir. et uxor.*

(4) Despeisses, *Des donat.*, t. XIV, part. 1, sect. 1, 12°, t. I, p. 406.

ce dernier point était évidemment le résultat d'une interprétation plus équitable que juridique : car on ne saurait faire dépendre le caractère et les effets d'une libéralité de l'usage que fait le donataire de la chose donnée. Aussi, notre droit coutumier, qui avait maintenu, avec plus de constance que le droit romain, la prohibition de toute libéralité entre mari et femme, ne faisait-il aucune distinction entre les libéralités qui avaient enrichi le donataire, et celles qui ne l'avaient pas rendu plus riche.

« L'on n'examine pas, dit Pothier, ce que le conjoint do-
» nataire a fait de l'argent qui lui a été donné, de même
» que des choses qui lui ont été données et qui ne parais-
» sent plus; il est présumé en avoir profité (1). »

Nous ne devons pas nous en inquiéter davantage sous le Code Napoléon, qui autorise les donations entre mari et femme, sauf le droit de révocation, et dont la juste indulgence ne doit pas être exagérée par les interprétations relâchées que les Romains avaient introduites pour amender un système de rigueur.

2676. Indépendamment du droit de révocation qui est livré à la libre volonté du donateur, la donation entre mari et femme peut être révoquée par les moyens de droit qui résultent de l'inexécution des conditions (2) et de l'ingratitude (3). Mais elle n'est pas révoquée par la survenance d'enfants (4).

2677. Toutes les donations directes ou indirectes que se peuvent faire les époux sont soumises à la disposition de notre article. Ainsi, les donations de la main à la main, les

(1) *Des donations*, n° 70.

(2) *Supra*, n°s 1286 et suiv.

(3) *Supra*, n°s 1304 et suiv.

(4) *Supra*, n°s 1361, 1388.

remises de dettes, etc., etc. (1), sont régies par l'article 1096 (2).

Seulement, il ne faudra pas confondre avec des donations proprement dites les objets que le mari aura abandonnés à sa femme à titre d'usage seulement. On pensera facilement qu'il a voulu lui donner les joyaux, habits, ornements qu'il a achetés pour elle pendant le mariage, et qui étaient nécessaires au soutien de sa dignité (3).

Quant aux libéralités déguisées sous la forme de contrats à titre onéreux, nous en ferons l'objet d'un examen spécial sous l'art. 1099. Nous ne parlons en ce moment que des avantages qui se présentent sous leur véritable aspect, mais sans les formalités solennelles des donations.

2678. Dans cet ordre d'idées, nous rencontrons la question suivante, qui avait occupé l'ancien droit.

Un mari répudie une hérédité qui lui est dévolue par testament, pour faire place à sa femme appelée *ab intestat* ou en vertu d'une substitution vulgaire. Cette renonciation *in favorem* doit-elle être considérée comme donation, et le mari pourrait-il la révoquer ?

Les jurisconsultes Julien et Ulpien (4) étaient d'avis que l'avantage ne devait pas tomber sous le coup de la loi ; on en comprend la raison sous un système qui rapportait tout à ce *criterium* : le donataire est-il devenu, oui ou non, plus riche par le fait de la donation (5)? Or, si la femme acquiert, disait-on ici, ce n'est pas du mari, c'est du défunt directement et en vertu d'un droit propre. Ce qui entre dans le patrimoine de la femme ne sort pas de celui du mari.

(1) V. *supra*, nos 1040, 1076, 1079, 1080.
(2) L. 3, § 13, l. 5, § 4, D. *de Donat. inter vir. et ux.*
(3) Mantica, *de tacitis*, 21, 6, 12 et suiv.
(4) L. 5, § 13, D. *de Donat. inter. vir. et uxor.*
(5) *Supra*, no 2675.

Mais il y a là-dessus une distinction à faire avec Pothier (1), et cette distinction est plus sage que la décision de Julien et d'Ulpien. Lorsque le mari est légataire et la femme héritière *ab intestat*, la répudiation que fait le mari ne doit pas être considérée comme un avantage prohibé qu'il ait fait à sa femme. « La raison est que le mari n'a pas » tant en vue de faire de ses biens un avantage à sa femme » que celle de laisser le cours naturel des choses et de ne » pas priver sa femme des biens d'une succession que la » loi lui défère (2). »

Mais lorsque la femme recueille au même titre que le mari, seulement dans un degré suivant, dans ce cas, la répudiation du mari « ne peut passer que pour un véritable » avantage qu'il a eu dessein de faire à sa femme aux dépens » du droit qu'il avait de le recueillir. »

2679. Ce n'est pas seulement aux donations réalisées que s'applique notre article; il faut l'étendre, par identité de raison, aux promesses qu'un époux peut faire à l'autre à titre de libéralité, de telle sorte que le silence du donateur jusqu'à son décès confirme cette promesse. Il est vrai que, dans le droit romain, il y avait beaucoup de doute sur la question (3), et que les textes étaient embarrassants à concilier (4). Un grand nombre de bons esprits hésitaient à voir

(1) *Des donat. entre mari et femme*, nº 88.

(2) Sauf le droit des créanciers, conf. à l'art. 788 du Cod. Nap., auquel cas les tribunaux décident suivant la faveur des cas, s'il y a lieu d'autoriser ces mêmes créanciers à accepter aux lieu et place du débiteur qui répudie.

(3) L. 32, § 1 ; l. 33, pr. et § 2, D. *de Donat. inter vir. et ux.*; l. 23, D. eod, tit.

(4) Dans le sens de la confirmation, la glose sur la loi 23. D. *de Donat. inter vir. et uxor.* A. Faber, *Conject.*, 2, 8. Noodt, *Comm. ad pandect.*, 24, 1. Voët, *ad Pand.*, 24, 1, nº 5. Furgole sur l'art. 46 de l'ord., t. V, p. 360. Savigny, § 164, t. IV, p. 188, de trad. de M. Guenoux.

En sens contraire, Scipio Gentilis, *De don. int. vir et ux.* lib. 3, cap.

une confirmation dans le silence du donateur qui, jusqu'à sa mort, avait conservé entre ses mains l'objet qu'il avait promis de livrer, bien que Justinien se fût prononcé en faveur du donataire et n'eût pas interprété le retard de la livraison comme un changement de volonté de la part du donateur (1).

Sous l'empire du Code Napoléon, la donation qui a rendu le donataire créancier, a produit un effet que le silence du donateur ne suffit pas pour anéantir. Il faut que le donateur révoque, s'il se repent; sinon la donation subsiste. Une obligation lie les époux entre eux : l'un est débiteur, l'autre est créancier. Souvent les rapports des époux expliqueront pourquoi aucune exécution n'a été donnée à la promesse de leur vivant, sans qu'il en résulte que le donateur se soit repenti. Il y a, du reste, une différence entre le droit romain et le droit français, qui rend notre solution, déjà admise par Justinien, encore plus manifeste. La donation entre époux, à Rome, nulle dans le principe, avait besoin d'être confirmée. La donation entre époux, sous le Code, est valable comme entre étrangers; seulement, elle peut être révoquée. Or, elle ne l'a été ni expressément, ni tacitement.

2680. Nous avons dit ci-dessus (2) que l'époux donateur ne saurait renoncer d'avance à l'exercice du droit de révocation, et rien ne serait plus contraire à tous les principes que la volonté des parties qui, en contractant mariage, stipuleraient, dans leur traité nuptial, qu'elles pourront, durant le mariage, se faire des donations irrévocables (3).

A l'inverse, les époux ne seraient pas liés par le pacte de

ult. Pothier, *Pand.*, 4, tit. n° 76. Vinnius, *Quæst. selectæ*, lib. 2, ch. 15. Despeisses, part. 1, t. XIV, sect. 4, n° 25, *quarto*.

(1) Novelle 162, ch. 1.

(2) N° 2663.

(3) Voët, *De pastis dotalibus*, n° 20. Pothier, *Donat. entre mari et femme*, n° 24.

leur contrat de mariage qui leur interdirait de se donner pendant la durée de leur union. Ce serait une atteinte portée à leur liberté, et une telle clause serait sans valeur.

Pothier était d'avis contraire dans l'ancienne jurisprudence (1). Cette opinion s'explique non par les principes permanents du droit civil, mais par l'éloignement que l'on avait alors pour tout ce qui portait atteinte à la conservation des biens dans les familles (2). La France se trouvait partagée entre deux systèmes : l'un qui confirmait par la mort du donateur la donation faite à un époux, l'autre qui déclarait absolument nulles les donations entre époux. Or, il pouvait arriver que les époux appartenant au pays de droit coutumier où régnait le second système, mais prévoyant le cas où ils pourraient transporter leur domicile en pays de droit écrit et y posséder des biens, insérassent dans leur contrat de mariage, sous l'influence de leurs idées d'origine et des conseils de leur famille, une clause qui les liât pour l'avenir et leur défendît de jamais user d'une faculté considérée comme dangereuse. De là la clause qu'en quelque lieu que les époux eussent leur domicile et que leurs biens fussent situés, ils ne pourraient se faire l'un à l'autre aucune donation ni entre-vifs ni même par testament (3). C'est cette clause qui se montrait à Pothier comme digne de faveur, d'abord à cause des intérêts d'affection qui avaient porté les conjoints à conserver leur bien à leur famille, ensuite parce que, si c'est offenser la loi que de se permettre ce qu'elle défend, ce n'est pas lui faire grief que de s'interdire ce qu'elle permet.

Mais, aujourd'hui, ces raisons n'ont aucune valeur. Les

(1) *Donat. entre mari et femme*, n° 27. Voy. aussi Ferrière sur Paris art. 280, glose 1, n° 33.

(2) Cassat., 21 décembre 1818. (Devill., 5, 1, 563.)

(3) Pothier, *loc. cit.*

parties ne peuvent enchaîner d'avance leur liberté naturelle; elles ne peuvent s'interdire des actes de reconnaissance, quand elles se promettent des sentiments d'affection. L'intérêt vague et indéterminé de la famille absente, et à l'égard de laquelle on fait un pacte pour autrui (1), ne saurait l'emporter sur les mouvements du cœur, qui rendent un époux généreux envers son conjoint. Ajoutons que notre Code est loin de placer au-dessus de la liberté des conventions la conservation des biens dans les lignées.

C'est, du reste, ce qu'a très-bien décidé un arrêt de la chambre civile de la cour de cassation, du 21 décembre 1818 (2) portant cassation d'un arrêt de la cour de Nancy. Cet arrêt est motivé avec beaucoup de force : il condamne formellement cette incapacité volontaire résultant de la simple déclaration des époux. A la vérité, il est rendu sur des faits régis par les lois du 17 nivôse an II et du 4 germinal an VIII; mais, s'il est vrai, comme on n'en saurait douter, que la théorie de Pothier ait été détruite dans son principe et dans toutes ses conséquences par ces deux lois, il n'est pas permis de croire qu'elle ait été restaurée par le Code Napoléon. Ce Code ne tient nullement à ces règles d'autrefois : *materna maternis, paterna paternis.* Il ne voit pas, dans les donations entre époux, un moyen de spoliation inné et indélébile; il tient surtout à la liberté des personnes et des conventions.

(1) Vôët, *loc. cit.*

(2) Devill., 5, 1, 563. *Junge* Cassat., 31 juill. 1809 (Devill., 3, 1, 90). Cassat., 15 juill. 1812 (Devill., 4, 1, 150). Voyez aussi Merlin, Répert., v° *Renonciation*, § 1, n° 3. Vazeille, sur 1096, n° 5.

Article 1097.

Les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire, ni par acte entre-vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte.

SOMMAIRE.

2681. Relation de notre article avec l'article 968.—Motifs de la disposition.
2682. Du don mutuel en droit coutumier.
2683. Du caractère du don mutuel.
2684. Suite.
2685. Suite.
2686. Suite.
2687. De la forme du don mutuel.
2688. Des effets du don mutuel.
2689. Suite.
2690. Suite.
2691. Droit actuel. — Différence avec le droit coutumier.
2692. Les époux peuvent se faire des donations mutuelles par des actes séparés.
2693. De la donation mutuelle faite avant le Code.
2694. Il n'y a pas donation mutuelle dans l'achat, avec les valeurs de la communauté, d'une rente viagère réversible sur la tête du survivant des époux.
2695. Les parents qui font entre leurs enfants et dans un même acte le partage de leurs biens, peuvent-ils se réserver l'usufruit de tous ces biens au profit du survivant d'entre eux ?

COMMENTAIRE.

2681. Notre article étend aux donations entre gens mariés une disposition déjà édictée par l'art. 968 pour les testaments (1). Il ne veut pas que des libéralités essentiellement

(1) V. *supra*, n° 1441.

révocables comme celles que les époux sont autorisés à se faire, soient contenues dans un seul et même acte. Les motifs sont les mêmes pour les donations entre époux que pour les testaments. Un époux scrupuleux pourrait être retenu dans son désir de révoquer ses dons par le caractère en quelque sorte synallagmatique des deux libéralités. Or, cette réserve, que pourrait n'avoir pas l'autre époux, tournerait au détriment de celui qui serait le plus digne d'être protégé. La loi veut donc que la séparation des actes soit un signe extérieur de l'indépendance des disposants.

Il en était tout autrement dans les pays de coutume. L'usage du don mutuel y était extrêmement fréquent, et ce don mutuel se faisait par un seul et même acte.

Quoique les art. 1096 et 1097 ne donnent pas de place à cette institution coutumière, il n'est pas sans intérêt de jeter un coup d'œil rapide sur les règles qui étaient propres à ce genre de disposition.

2682. Le droit coutumier, si hostile aux libéralités entre époux, faisait exception à sa sévérité pour le don mutuel. C'était la seule manière dont il fût permis aux époux de se gratifier pendant le mariage, dans les coutumes de Paris (1) d'Orléans (2) et autres en grand nombre (3) qui formaient le droit commun de la France. Les auteurs du droit coutumier avaient considéré la réciprocité et l'égalité comme un correctif suffisant à la crainte des captations et des abus d'autorité. Ils n'avaient pas voulu défendre un avantage égal et réciproque de part et d'autre, et dépendant d'un

(1) Art. 280.

(2) Art. 281.

(3) Anjou, 315. Nivernais, ch. 33, art. 27. Auxerre. 222; Bar, 163. Bourbonnais, 227, etc., etc. Elles sont citées à la suite du comm. de Ferrière sur Paris, art. 280, et Coquille les a groupées dans son Inst. au droit français (*des Droits des mariés*).

événement incertain, pensant que les héritiers collatéraux du prédécédé n'auraient pas sujet de se plaindre que leur parent eût laissé au survivant la jouissance d'un bien qui avait été acquis en commun et où tous les deux avaient contribué, l'un par son travail et son industrie, l'autre par son économie.

Suivant Ferrière (1) et Furgole (2), il y avait une différence entre la donation mutuelle et le don mutuel. La donation mutuelle était proprement une libéralité réciproque qui se faisait entre deux ou plusieurs personnes au profit du survivant, au lieu que le don mutuel était celui qui se faisait entre époux pendant le mariage et qui était régi par des prescriptions toutes particulières. Si en parlant du don réciproque que se font les époux pendant le mariage, notre article se sert de l'expression « donation mutuelle », c'est que l'ancien don mutuel a pour ainsi dire perdu tous ses caractères dans la législation moderne. D'ailleurs nos anciens auteurs ne s'abstenaient pas d'employer l'expression « donation mutuelle » comme à peu près synonyme de celle de don mutuel, quoique moins technique (3).

2683. Pothier (4) définit le don mutuel un don entre-vifs égal et réciproque que deux conjoints se font réciproquement l'un à l'autre, à défaut d'enfants de l'un et de l'autre et en cas de survie, de l'usufruit des biens de leur communauté, aux charges portées par les coutumes.

Cette définition rentre plus spécialement dans les dispositions de la coutume de Paris. Suivant d'autres coutumes, le don mutuel avait des nuances qui l'en éloignaient sur cer-

(1) Cout. de Paris, art. 280, glo. 2 nos 1 et 2.

(2) Sur l'art. 46 l'ordonn., t. V, p. 358.

(3) V. Ferrière, sur l'art. 280, *Cout. de Paris, passim*. Argou, liv. 3 ch. 22.

(4) *Des donat. entre mari et femme*, p 2, ch. 1, art. 1, n° 128.

tains points secondaires. Une grande variété existait à cet égard (1).

Bien que chaque époux eût la perspective de recueillir un avantage en vertu du contrat dans le cas où il survivrait, le don mutuel, n'étant pas un contrat intéressé de part et d'autre (*do ut des*) ou un contrat aléatoire tel que les contrats de jeu (2), rentrait dans la classe des libéralités, à cause de l'intention des parties, qui avait été de faire du bien à la partie survivante, après la mort de l'une ou de l'autre (3). Cette opinion reçut une consécration dans l'ordonnance de 1731 relativement à la révocation pour survenance d'enfants (4).

Néanmoins toutes les règles des donations n'étaient pas applicables au don mutuel, qui avait une nature spéciale.

2684. Ainsi, le don mutuel était, en principe, irrévocable comme une donation entre-vifs. Mais comme il portait sur les biens de communauté que le disposant laisserait à son décès, ce dernier (du moins le mari) avait la faculté d'augmenter ou d'amoindrir la libéralité, en s'abstenant d'acquérir, en faisant des aliénations ou en contractant des dettes. De plus, et par le même motif, les deux époux pouvaient d'accord révoquer ensemble le don mutuel qu'ils s'étaient fait. Ils ne lésaient les droits d'aucun tiers, puisque de leur vivant il n'y avait aucun droit réel de transféré. C'était alors comme si ce don n'eût jamais existé (5).

2685. Un second caractère du don mutuel était qu'il y eût égalité parfaite entre les parties. L'égalité se recher-

(1) Pothier, *loc. cit.*, n° 117 et suiv. Coquille, *loc. cit.*

(2) C'est pourtant ce que prétend Ricard, qui se trompe si souvent, et qui du reste écrivait avant l'ordonn. de 1731. *Don mutuel*, ch. 1, nos 2 et suiv. *Supra*, n° 1392.

(3) Pothier, *ibid.*, n° 129.

(4) Pothier, *ibid.*, n° 129.

(5) Pothier, *ibid.*, n° 135.

chait dans l'étendue des choses données, dans la santé, et même, d'après quelques coutumes (1), dans l'âge des contractants.

« La raison en est, suivant Pothier, que la coutume dé-
» fendant aux conjoints par mariage de se faire aucun avan-
» tage l'un à l'autre, il faut que, par le don mutuel qu'elle
» leur permet de se faire entre eux, le don que l'un fait à
» l'autre puisse se compenser entièrement avec celui que
» l'autre lui fait (2). »

Autrement celui qui aurait donné plus qu'il ne recevait, aurait fait un avantage à l'autre contre la défense de la coutume. Celui qui, malade, eût fait une libéralité à son conjoint bien portant sous condition de survie, n'eût reçu, dans un don réciproque sous la même condition, qu'une espérance illusoire, d'une réalisation invraisemblable. L'inégalité d'âge donnait de même à l'un des époux beaucoup plus de chance qu'à l'autre de profiter de la donation.

Mais dans les coutumes de Paris et d'Orléans on n'avait pas égard, contre l'avis de Ricard, à la différence d'âge entre les deux conjoints. Cette différence ne détruisait pas, en effet, l'égalité d'espérance; car il n'est pas rare, comme le dit Merlin, de voir les jeunes mourir avant les vieux (3).

2686. Pour que les époux pussent se faire un don mutuel, il fallait qu'ils fussent communs en biens (4). Car le droit de se faire des dons mutuels était fondé sur la considération de la communauté comme une récompense de la collaboration des époux pour améliorer la société conjugale.

2687. Voilà pour le fonds; passons à la forme.

L'art. 46 de l'ordonnance de 1731 avait excepté les dons

(1) Auxerre, art. 222. Bar, art. 163.
(2) *Ibid.*, no 130.
(3) Répert., vo *Don mutuel*, § 2, n° 8.
(4) Coquille, *loc. cit.*

mutuels entre mari et femme des formes et règles prescrites pour les donations entre-vifs. Toutefois, ils n'étaient pas affranchis de toute solennité. Ainsi, pour éviter les fraudes, ils devaient être passés par acte authentique devant notaire. De plus (et c'est ce qui était caractéristique) il fallait que le don mutuel fût fait par les deux époux dans un seul et même acte. Car si les époux eussent pu se faire des libéralités par actes séparés, on n'aurait pas pu y voir, d'une manière aussi claire, cette mutuelle contemplation exigée par les coutumes dont la méfiance ne permettait pas que les époux pussent s'avantager par donations (1).

La formalité de l'acceptation expresse n'était pas requise ; celle de l'insinuation ne l'était pas non plus, du moins en général. Elle n'avait pas d'utilité, puisque le donateur conservait la disposition de ses biens. Cependant ce mode de publicité était prescrit par la coutume de Paris, sans qu'on pût en donner de bonnes raisons (2).

2688. Arrivons à l'effet du don mutuel.

L'effet du don mutuel était subordonné à deux conditions : d'abord à la survie du donataire, ensuite à la condition, au moins dans la majorité des coutumes, qu'au moment du prédécès du donateur (3), les époux n'eussent pas d'enfants. Cette dernière condition manquait, soit qu'ils eussent des enfants communs, soit même que l'un d'eux seulement eût des enfants d'un précédent mariage (4).

2689. Lorsque le don mutuel s'ouvrait par la mort natu-

(1) Comparez Ricard, *ibid.*, nos 135 et 136, Pothier, *ibid.*, no 169. Merlin, *ibid.*, § 2, no 1.

(2) Pothier, *loc. cit.*, nos 170 et 175.

(3) V., par exemple, Paris, art. 280, et Ferrière, gl. 5, no 4. *Contra*, Coquille sur l'art. 27 du ch. 23 de la cout. du Nivernais, d'après l'interprétation de laquelle l'existence des enfants au moment du don l'empêchait de valoir.

(4) Pothier, no 181. Argou, l. 3, ch. 22.

relle ou civile de l'un des époux, le survivant n'était pas saisi ; il était dans la nécessité d'en obtenir la délivrance. La coutume de Paris s'en expliquait formellement (1).

2690. Le don mutuel procurait au survivant l'usufruit de la part du prémourant dans la communauté. De cette façon, le partage de la communauté était différé jusqu'à la mort du dernier des deux époux, et ce qui avait été mis ou acquis en commun restait indivis aussi longtemps qu'un des deux membres de la société conjugale subsistait. Cet usufruit était régi par les règles ordinaires de ce droit. Le donataire était tenu de faire l'avance des dettes de la communauté pour la part de cette communauté dont il jouissait comme donataire. Mais il n'était aucunement tenu de payer les legs et autres dispositions testamentaires, parce que ces legs étaient considérés comme faits en fraude de ses droits (2).

2691. Telle était cette institution, qui avait dans notre ancienne pratique une grande importance et que pour cette raison nous ne pouvions négliger de faire connaître.

Le Code a apporté dans cette matière des changements notables. Les deux traits distinctifs du don mutuel exigés par le droit coutumier étaient la réciprocité et l'égalité. Notre législateur n'asservit pas l'esprit de bienveillance et de générosité à des règles si étroites. Il laisse l'époux libre de donner à son conjoint, sans recevoir autant qu'il donne et même sans recevoir aucun avantage réciproque. C'est rendre à la donation son plus noble caractère que de la dégager d'une réciprocité nécessaire qui en altère la pureté.

Mais voici en quoi le Code Napoléon s'écarte surtout du don mutuel organisé par les coutumes. Tandis que le droit coutumier exigeait que les parties se liassent dans un seul

(1) Coutume de Paris, art. 284. Pothier. *ibid.*, n° 198. Ferrière sur l'art. 184, glose 1, n° 2, etc., etc. *Contra*, Reims, art. 214.

(2) Cout. de Paris, art. 286.

et même acte, le droit moderne, au contraire, pour mieux assurer l'indépendance des époux, donne à chacun la liberté de se repentir, de changer de volonté, même à l'insu du conjoint, et défend qu'un seul et même acte renferme deux dispositions qui ne sont ou qui ne doivent pas être la condition l'une de l'autre (1).

De plus, le droit coutumier n'admettait le don mutuel qu'à la condition que les époux n'eussent pas d'enfants. Sous le Code Napoléon, l'existence des enfants n'est pas un obstacle à des libéralités dictées par l'affection.

Enfin, le droit coutumier ne permettait qu'aux époux communs en biens de se faire un don mutuel sur leur part de communauté. Aujourd'hui, ils peuvent se gratifier, quel que soit le régime sous lequel ils sont mariés.

En un mot, les époux peuvent, sous le Code Napoléon, se faire des donations mutuelles et réciproques, pourvu que ce ne soit pas dans un seul et même acte, et ces donations ne diffèrent en rien de substantiel de celles dont nous nous sommes occupé dans le commentaire de l'article précédent.

2692. Nous disons que notre article défend aux époux de s'avantager mutuellement et réciproquement par un seul et même acte. La cour de Rennes avait pensé que ce serait éluder l'art. 1097 que d'autoriser deux époux à se faire donation le même jour et à stipuler en présence l'un de l'autre, dans deux actes reçus par le même notaire, en présence des

(1) Il a été jugé, conformément à ce principe, que la réserve faite par le père et la mère, dans un acte de donation contenant partage anticipé de leurs biens entre leurs enfants, de l'usufruit de ces mêmes biens au profit du donateur et du survivant d'eux, est nulle, comme constituant une donation mutuelle entre époux faite durant le mariage, par un seul et même acte. Amiens, 10 novembre 1853 (Dalloz, 54, 2, 92); Req. 26 mars 1855 (Dalloz, 55, 1, 63). V. aussi Agen, 21 novembre 1860 (Dalloz, 61, 2, 34). V. cependant Poitiers, 10 juin 1851 (Dalloz, 53, 2, 11).

mêmes témoins (1); qu'il n'y a aucune différence sensible entre cette manière de procéder et l'expression d'une volonté réciproque et mutuelle dans un seul et même acte. Mais l'arrêt de la Cour de Rennes a été cassé et devait l'être (2). Il pèche par une évidente exagération. Notre article défend l'unité du contrat et ne défend pas la contemporanéité des actes. L'ancienne jurisprudence, dans le même esprit que le Code, annulait les testaments mutuels, *in eadem charta*. Néanmoins, Salviat rapporte un arrêt du parlement de Bordeaux qui valida deux testaments qu'un mari et une femme avaient faits devant les mêmes notaires et devant les mêmes témoins, rangés dans le même ordre, mais par deux feuilles différentes et dans lesquels ils s'instituaient réciproquement (3).

2693. Observons, du reste, qu'une donation mutuelle que des époux se seraient faite par un seul et même acte authentique avant la promulgation du Code Napoléon, conserverait sa validité sous l'empire du Code, lors même que le décès d'un époux auquel était subordonnée la donation mutuelle, ne serait arrivé que depuis cette promulgation. Ce serait donner à l'art. 1096 un effet rétroactif que de décider autrement (4).

2694. L'art. 1097, n'ayant été édicté que pour les donations, ne doit pas être étendu à des actes dans lesquels domine le caractère d'acte de commerce, d'opération sociale, d'affaire de communauté, bien qu'il en résulte un avantage mutuel pour les époux.

Nous avons vu, dans notre commentaire du contrat de

(1) Arrêt du 15 thermidor an XIII. (Devill., 2, 1, 414).

(2) Cassat., 22 juillet 1807 (Devill., 2, 1, 414).

(3) Salviat, Jurisprudence du parlement de Bordeaux, p 477. Merlin, Répert., v° *Donation*, sect. XI.

(4) Cass., 23 juin 1813 (Devill., 4, 1, 382).

mariage (1), que le contrat par lequel le mari, avec des valeurs de la communauté, acquiert une rente viagère stipulée payable en totalité au profit du survivant des époux, est, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, un pacte de société, un acte aléatoire, dans lequel chacun des époux, espérant survivre, considère son intérêt propre. Ce n'est donc pas une donation mutuelle entachée de nullité pour avoir été constatée par un seul et même écrit.

2695. En est-il de même dans l'espèce suivante, dont nous puisons l'idée dans l'art. 281 de la Cout. de Paris ?

Cet article portait : « Père et mère mariant leurs enfants » peuvent convenir que leurs dits enfants laisseront jouir » le survivant desdits père et mère des meubles et con- » quêts du prédécédé, la vie durant du survivant, pourvu » qu'ils ne se remarient, et n'est réputé tel accord avantage » entre lesdits conjoints (2). »

Ce qu'il y avait de particulier dans ce cas, c'est que le don mutuel ici prévu par la coutume se faisait à l'occasion du mariage d'un enfant, et que l'enfant, au préjudice duquel en général aucune donation entre époux même mutuelle n'était permise, était tenu, dans l'espèce, de laisser jouir le survivant de tous les conquêts, parce qu'il avait été marié et doté par ses parents (3). Il semblait juste que les père et mère, qui s'étaient imposé des sacrifices pour établir leur enfant, s'assurassent pendant toute leur vie, le maintien de la position de fortune que l'état de mariage leur avait procurée. C'était un encouragement à doter les enfants; c'était pour les parents la récompense de l'accomplissement de ce devoir pieux. Si la coutume de Paris s'était écartée en ce point de la règle qui défendait le don mutuel aux époux ayant des

(1) No 1200. *Contra*, Rennes, 15 février 1840 (Devill., 40, 2, 226).
(2) Pothier, *Donat. entre mari et femme*, nº 255.
(3) *Ibid.*, nº 266.

enfants, c'était par des considérations qui avaient une couleur d'équité et de prévoyance dont on ne peut nier les bons côtés.

En principe, des époux, qui avaient des enfants, devaient s'oublier eux-mêmes pour songer d'abord aux intérêts de ces mêmes enfants. Ils ne pouvaient rien se donner l'un à l'autre; car leur avantage propre n'était pas le but principal qu'ils devaient poursuivre. Mais, lorsqu'ils avaient établi leurs enfants et avaient ainsi pourvu à leur avenir, à ce moment où leur plus douce tâche était remplie, il leur était permis de stipuler pour eux-mêmes et de prévenir, par une convention prudente, le partage de la communauté. Tant que l'un d'entre eux vivait, le survivant conservait, en vertu de cette convention, la jouissance des meubles et des conquêts. Il souffrait aussi peu que possible dans ses intérêts de la mort de son conjoint. Il n'assistait pas à ce triste partage qui non-seulement diminue les ressources, mais encore froisse les affections et les souvenirs de l'époux qui survit.

Mais il est à remarquer que cette disposition, propre à la coutume de Paris, n'était pas suivie sous l'empire des autres coutumes (1). Si un enfant y était marié avec la clause dont il vient d'être question, il avait le choix, ou d'exécuter la clause ou de rendre au survivant la moitié de ce qu'il avait reçu (2). Rien ne l'empêchait de demander au survivant, en qualité d'héritier du prédécédé, l'inventaire et le partage des biens de la communauté (3). On ne voulait pas que, par de pareils pactes, les parents portassent atteinte au droit commun en matière de don mutuel qui était une prohibition absolue en cas d'existence d'enfants.

De nos jours, il arrive assez souvent que des père et mère

(1) Ferrières sur Paris, art. 281, n° 24.
(2) Argou, liv. 3, ch. 9, *in fine*.
(3) Pothier, *loc. cit.*, n° 288.

font entre leurs enfants le partage anticipé de leurs biens et réservent l'usufruit des biens donnés au profit d'eux et du survivant d'entre eux. Cette réserve est-elle valable ? Évidemment on ne peut en contester la validité par les raisons qui la faisaient rejeter dans les coutumes muettes, puisqu'aujourd'hui rien n'empêche les époux de se faire des donations mutuelles lorsqu'ils ont des enfants. Mais ne doit-on pas la déclarer nulle par cette autre raison, à savoir qu'elle présente une donation réciproque, contenue dans un seul et même acte ?

Que la clause en question renferme une libéralité, c'est ce qu'on ne saurait contester. On ne peut méconnaître le caractère de donation dans un contrat qui donne à chacun des époux, en cas de survie, l'usufruit de la part de l'autre dans la communauté. Comment pourrait-on dire que c'est un pacte de société? Où voit-on là une affaire de commerce (1), une opération sociale, qui ait la moindre analogie avec le cas examiné au n° 2694? C'est, si l'on veut, un arrangement de famille, mais un arrangement de famille qui aboutit à des avantages réciproques. Aussi est-ce comme libéralité véritable, comme un don mutuel que le droit coutumier envisageait le pacte dont nous nous occupons. Si ce n'eût pas été une libéralité, les coutumes muettes ne l'auraient pas rejeté, et il n'aurait pas fallu l'art. 281 de la coutume de Paris pour le faire passer par l'effort d'une disposition exceptionnelle, motivée sur une fiction.

Reste à savoir si, bien que donation mutuelle, la disposition ne pourrait pas être maintenue, quoique contenue *in eadem charta;* et cela, par la raison qu'elle n'est pas directement constituée, et qu'elle est la condition et la charge de

(1) Ou comme dit la loi 58, D. *de Donat. inter vir. et uxorem :* « *Negotium gestum.* »

la libéralité faite à l'enfant doté. Nous serions enclin à adopter le parti de la validité. L'art. 1097 condamne la double convention que les époux font entre eux dans un seul et même acte, quand cette convention est l'objet principal et direct du contrat. Mais il ne nous semble pas qu'il doive en être nécessairement de même alors que la libéralité réciproque n'est pas la fin dominante et directe de l'acte, et qu'elle ne se présente que comme charge d'un contrat passé avec un tiers.

Article 1098.

L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, et sans que, dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens.

SOMMAIRE.

2696. Des seconds mariages. — Droit romain.
2697. Édit des secondes noces de 1560.
2698. Le Code n'a conservé que l'un des deux chefs de l'édit.
2699. La condition première de l'application de notre article est qu'il reste des enfants du premier lit.
2700. Les enfants naturels ou légitimés comptent-ils?
2701. *Quid,* les enfants adoptifs?
2702. Il faut que les enfants existent au décès de l'époux remarié.
2703. De la renonciation et de l'indignité de l'enfant du premier lit.
2704. La règle s'applique à un troisième comme à un second mariage.
2705. Comment se calcule la part d'enfant le moins prenant?
2706. Quand la donation est d'une valeur déterminée et excessive, la partie retranchée se répartit-elle entre les enfants et l'époux donataire?

2707. L'époux a moins, en définitive, quand il a reçu une donation excessive que lorsqu'il a reçu la donation d'une part d'enfant. — Pourquoi ?

2708. Du cas où des étrangers ont été gratifiés en même temps que la femme du second lit. — La quotité de l'art. 1098 ne se cumule pas avec le disponible ordinaire.

2709. Conséquences.

2710. Du cas où l'époux remarié a fait des libéralités à ses enfants et à son second conjoint. — Celui-ci peut demander non le rapport réel, mais la réunion fictive à la masse des avancements d'hoirie.

2711. *Quid*, si l'enfant donataire a été dispensé du rapport?

2712. Le don fait avec dispense de rapport diminue la part d'enfant disponible, fût-il postérieur au don fait à la femme.

2713. La part d'enfant se calcule-t-elle sur ce qu'un enfant recueille en fait ou a droit de recueillir ?

2714. La renonciation d'un enfant influe-t-elle sur ce calcul ?

2715. De l'indignité d'un enfant.

2716. Suite.

2717. Du cas où les enfants sont prédécédés et ont laissé des descendants.

2718. L'époux peut avoir voulu donner moins qu'une part d'enfant.

2719. Comment se calcule la part d'enfant qui a été donnée, lorsque le donateur ne laisse pas d'enfant?

2720. Les conjoints d'un second ou subséquent mariage ne peuvent recevoir entre eux tous qu'une part d'enfant.

2721. Notre article s'applique aux donations faites après la célébration du mariage ou en vue du mariage.

2722. Qu'est-ce qu'on impute sur le disponible déterminé par l'article 1098 ? — Des avantages résultant des conventions matrimoniales.

2723. De l'action en réduction. — A qui appartient-elle et profite-t-elle ?

2724. Il n'est pas nécessaire d'être héritier pour l'exercer.

2725. L'indigne au contraire ne saurait l'exercer.

2726. Cette action s'ouvre au décès.—On ne peut y renoncer d'avance. — Mais on peut faire des actes conservatoires.

2727. Ce qui est retranché à l'époux du second lit profite aux enfants indépendamment de leur réserve. — Exemple.

2728. Suite.
2729. Conciliation de cette solution avec celle donnée à une question analogue sur l'art. 1094.
2730. Du cas où le donateur lui-même a voulu la réduction.
2731. L'art. 917 est applicable à notre matière,
2732. A moins que la volonté du disposant ne s'y oppose.
2733. Nature de cette action en réduction.
2734. Elle passe à tous les héritiers, et peut être exercée par les créanciers.
2735. De l'estimation des biens pour fixer la quotité disponible. — Renvoi.
2736. Caractère de la donation de part d'enfant.
2737. Elle est caduque par le prédécès du donataire.
2738. Les enfants ne peuvent être substitués à leur parent donataire.

COMMENTAIRE.

2696. Nous avons exposé ailleurs les systèmes qui dans le droit romain prévalurent successivement sur les secondes noces ; Auguste les avait encouragées pour fonder de nouvelles familles, combler les vides de la cité (1). Le christianisme les ayant envisagées avec une faveur moins exagérée (2), les empereurs chrétiens purent s'occuper, avec un soin plus impartial, de concilier les intérêts de la famille nouvelle, créée par les secondes noces, avec les intérêts sacrés de la famille existante trop oubliée dans la politique d'Auguste. Leur législation montre une sollicitude pieuse pour les enfants du premier lit, sollicitude qui fut surtout éveillée par les Pères de l'Église (3), et qui pour la première fois jeta dans le droit ces idées de protection dont le chancelier de L'Hôpital se fit de nouveau le défenseur dans l'édit de 1560.

C'est ainsi que Théodose le Grand, en 382, décida que

(1) *Influence du christianisme*, part. 2, ch. 3 et 4.
(2) *Influence du christianisme*, part. 2, ch. 4.
(3) Saint Ambroise, par exemple (*loc. cit.*, ch. 4).

tous les avantages recueillis de son premier époux par une femme qui se remariait, seraient attribués irrévocablement et avec garantie hypothécaire aux enfants du premier mariage, et ne pourraient être aliénés par elle au profit de qui que ce fût (1).

En 444, Théodose II et Valentinien III étendirent à l'homme veuf qui se remariait ce qui avait été établi par la constitution précédente pour la femme seulement (2).

Mais ce n'était pas tout, et il fallait prévoir le cas où un veuf ou une veuve ayant des enfants d'un premier lit, et possédant des biens propres, s'en dépouilleraient en faveur du second mariage. En conséquence, Léon et Anthémius, en 459, avisèrent à ce danger en n'autorisant que le don d'une part d'enfant le moins prenant (3).

2697. Tel était le système de garantie formulé par le droit romain pour les enfants dont les parents se remariaient.

Suivi d'abord dans les pays de droit écrit, il n'a été naturalisé dans le reste de la France que par un édit de 1560 du roi François II, rendu sous les inspirations de l'Hôpital et connu sous le nom d'édit des secondes noces (4).

La dame Anne d'Alègre, qui avait sept enfants de son premier mariage, s'étant remariée avec messire George de

(1) L. 3, C. *de secund. nupt.*, commençant par le mot *Feminæ*, l. 8, § 4 et l. 3, Cod. Théod. *de secundis nuptiis.*

(2) L. 5, C. *de secund. nupt.*

(3) L. 6, C. *de secund. nupt.*, dont les premiers mots sont *Hac edictali*. V. sur cette matière Cujas, *ad Cod.*, tit. *de secundis nuptiis*; Balde, au même lieu; Fachinée, *cont.*, lib. 3, cap. 63 et suiv.; Zœzius, *ad Pand.*, *de ritu nupt.*; Pérézius, sur le Code, tit. *de secundis nuptiis*; Voët *de ritu nupt.* n° 116 et suiv. Favre, C. *de secundis nupt.*

Junge *Influence du christ.*, part. 2, ch. 5.

(4) Cujas sur la loi *Hac edictali* : « *Edictum Leonis imperatoris est nova* » *coercitio secundarum nuptiarum, qua non utebatur Gallia antequam edi-* » *disset Franciscus II ex suggestionne quæstoris optimi et doctissimi Michaelis* » *Hospitalii, quem honoris causa nomino, etc., etc.* »

Clermont, qu'elle aimait avec passion et qui ne la prit que pour sa fortune, la donation excessive qu'elle lui fit donna occasion au chancelier de rendre cet édit (1). Il fut trouvé si sage, que plusieurs coutumes s'en approprièrent les dispositions à l'époque de leur réformation (2).

Il avait deux chefs, l'un emprunté à la loi *Feminæ* et l'autre à la loi *Hac edictali;* l'un frappant d'indisponibilité et d'une sorte de substitution au profit des enfants du premier lit les biens que l'époux qui se remariait tenait de la libéralité de son premier conjoint, l'autre limitant les dispositions permises à un époux remarié au profit de son conjoint (3).

2698. De ces deux chefs notre législation n'en a conservé qu'un seul, celui qui apporte une limite à la faculté de gratifier son nouvel époux. L'autre disposition a disparu. Elle avait pour inconvénient d'immobiliser des biens dont l'aliénation n'était plus permise. Elle engendrait de plus une énorme inégalité entre des enfants qui pour être de lits différents n'en sont pas moins frères.

Quant à la disposition qui limite étroitement ce qu'un époux peut donner au conjoint du nouveau lit au préjudice des enfants qui subsistent de la première union, elle a été maintenue dans l'article dont nous commençons le commentaire. On ne peut qu'approuver l'équité qui a porté les rédacteurs de notre Code à adopter des restrictions fondées sur la faveur des enfants du premier lit et sur les dangers de leur position au milieu d'une famille nouvelle qui s'élève

(1) Cujas sur la loi *Hac edictali*. Brodeau sur Louët, lettre N, somm. 3, n° 8, Ferrières sur Paris, art. 279, glose 2, n° 6. Il donne le texte de l'édit et le préambule qui est bon à lire.

(2) Paris, art. 279. Orléans, art. 253. Amiens, art. 107. et suiv.

(3) V. Henrys, t. 2, p. 213, 223, 407. Lebrun, *des Success.*, liv. 2, ch. 6. Ferrières, *Cout. de Paris*, art. 279. Ricard, *Donat.*, p. 3, n° 1167 et suiv. Pothier, *Contrat de mariage*, n° 532 et suiv. Merlin, Répert. v° *Secondes noces*.

avec des intérêts opposés. S'il est vrai que les secondes noces n'ont rien que de licite; s'il est vrai, comme le dit Henrys, qu'elles réparent quelquefois les désordres faits par la mort dans les familles et leur servent de seconde ou dernière table après le naufrage (1), il n'est pas moins certain qu'elles sont très-souvent un sujet d'antagonisme entre deux familles, qu'elles exposent les enfants du premier lit au danger de tendresses plus grandes pour l'union la plus récente (2), et qu'il est indispensable de mettre des barrières à des surprises coupables et à de malheureux entraînements (3).

Le Code prescrit donc qu'un père ou une mère ne puisse pas faire à son nouveau conjoint une condition meilleure que celle d'un enfant le moins prenant (4); et comme il y a des cas où cette part d'enfant le moins prenant est, par exemple, de moitié ou du tiers, notre article, innovant sur les lois antérieures qui permettaient de donner au second époux jusqu'à moitié des biens, a décidé que les libéralités ne dépasseraient jamais un quart des biens du disposant.

2699. Recherchons maintenant le sens pratique de ces dispositions.

Puisque la prohibition contenue dans notre article a été

(1) Liv. 4, ch. IV, 9, 13.

(2) *Generare liberos vis, non fratres futuros tuorum sed adversarios filiorum. Quid est ergo generare alios, nisi spoliare quos habes liberos, quibus pariter auferuntur et pietatis officia et compendia facultatum?* Saint Ambroise *de viduis. Junge* Pérézius, *ad. Cod. de secund. nupt.*, n° 17, qui dit : *Liberis prioris matrimonii per secundas nuptias irrogata videtur injuria, et cura contempta.* Voyez aussi Homère, *Odyssée.* 6.

(3) Voët *de Ritu nup.*, n° 100

(4) Et il a été jugé que la société entre époux est nulle comme pouvant constituer, au profit de l'un des époux, un avantage excédant la quotité disponible, si l'autre époux, ayant des enfants d'un précédent mariage, a déjà fait donation à son nouveau conjoint de la quotité disponible fixée par notre article. Req. 7 février 1860 (Devill., 60, 1, 414). V. aussi l'arrêt de la Cour de Paris qui était attaqué (Devill. 59, 2, 502).

prononcée contre le nouvel époux en faveur des enfants d'un autre lit, il s'ensuit qu'elle ne peut avoir lieu qu'autant que l'époux qui convole a des enfants d'un précédent mariage (1). Le contexte de notre article le dit suffisamment : « L'homme » ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, etc. » Quand il n'y a pas d'enfants d'un autre lit, rien n'empêche l'époux qui convole de concentrer toutes ses affections sur sa nouvelle union.

Le mot « enfants » comprend non-seulement les fils, mais encore les petits-fils, de telle sorte que si les enfants du convolant sont morts et qu'il lui reste des petits-enfants, le droit de donner au nouvel époux sera restreint dans les limites de l'art. 1098 (2). L'édit de 1560 s'en expliquait formellement et parlait des « femmes veuves, ayant enfants ou enfants » de leurs enfants (3). »

2700. Les enfants dont l'existence est prise en considération pour restreindre la capacité du nouvel époux, doivent être issus du légitime mariage de celui qui convole. On sent aisément que la faveur qui a dicté l'art. 1098 ne peut s'étendre au fruit du libertinage et de la débauche.

Mais les enfants légitimés ont le droit d'invoquer notre article; ils comptent comme enfants du mariage qui les a légitimés. Le vice de leur naissance se trouve entièrement corrigé pour l'avenir par la légitimation (4).

2701. Il n'en est pas de même des enfants adoptifs. Bien que la loi leur accorde sur la succession de l'adoptant les mêmes droits qu'aux enfants légitimes (5), néanmoins leur introduction dans la famille n'équivaut pas à un mariage.

(1) Pérézius, *prælect. in Cod. de secundis nuptiis*, n° 5.
(2) Voët, *Ritu nupt.*, n° 110.
(3) Pothier, *loc. cit.*, n° 535.
(4) Zachariæ, § 690, note 6.
(5) Art. 350 C. Nap.

Or l'existence d'un précédent mariage est une condition nécessaire de l'application de l'art. 1098 (1). La loi, qui a craint que l'adoption ne détournât du mariage, n'a certainement pas voulu être défavorable à celui qui, après avoir adopté, chercherait dans le mariage une famille naturelle, plus profondément identifiée avec lui-même.

2702. Mais à quel moment faut-il considérer si l'époux qui convole a des enfants d'un autre lit? C'est, non pas au moment de son convol en secondes noces, mais au moment de son décès. En effet, l'art. 1098 n'ouvre qu'une action en réduction contre des libéralités excessives, et il est de règle qu'une action en réduction ne s'intente qu'après le décès du disposant. Cette réduction n'étant établie que par faveur pour les enfants du premier lit, il s'ensuit qu'elle ne peut avoir lieu si la mort les a enlevés avant leur parent (2). Ce que nous disons de la mort naturelle était également vrai de la mort civile, lorsque cette peine existait dans notre législation. Celui qui était mort civilement était censé ne plus exister relativement à la succession de ses parents (3).

Quant à celui qui, aujourd'hui que la mort civile est abolie, a été condamné à une peine afflictive perpétuelle, il faut faire attention qu'aux termes de la loi du 31 mai 1854, il n'est déclaré incapable que de recevoir par donation ou par testament; d'où il suit qu'il n'est incapable ni de succéder ab intestat, ni d'exercer des droits de réduction que lui confère la loi et non la volonté de l'homme.

2703. La renonciation que l'enfant du premier lit ferait à son droit ou son indignité ne feraient pas que cet enfant n'eût existé avec une pleine capacité. Le droit de réduction se serait ouvert, et l'art. 1098 serait applicable au profit de

(1) Zachariæ, § 690, note 7.
(2) Voët, *de Ritu nuptiarum*, n° 128. Pothier, *ibid.*, n° 560.
(3) Toullier, t. 5, n° 878.

qui de droit. Nous reviendrons sur cette question lorsque nous nous demanderons au profit de qui est établie l'action en réduction résultant de cet article.

2704. Nous avons parlé jusqu'à présent d'un second mariage et des enfants d'un premier lit. Mais il est évident que la règle serait la même s'il s'agissait d'enfants d'un second mariage ayant à se plaindre d'un convol en troisièmes noces. En un mot, la loi protége les enfants d'un mariage contre les fâcheuses conséquences d'une union subséquente de leur père ou de leur mère (1).

2705. Voyons maintenant en quoi consiste la part d'enfant le moins prenant.

Il y a plusieurs hypothèses à envisager.

Il est possible que le conjoint ait donné à son nouvel époux une part d'enfant, sans avoir fait d'autres libéralités.

Il est possible qu'il lui ait fait, non pas le don d'une part d'enfant, mais un don exorbitant d'une valeur certaine, sans d'ailleurs avoir fait aucune autre libéralité.

Il est possible qu'il ait donné à son conjoint une part d'enfant et qu'il ait en même temps fait à d'autres personnes des donations.

Arrêtons-nous au premier cas : pour déterminer la part d'enfant, il suffit d'ajouter le conjoint donataire au nombre des enfants du premier ou du second lit et de faire une répartition entre tous. La part d'enfant se trouve ainsi fixée. Ainsi y a-t-il trois enfants? l'époux comptera pour un quatrième, et il prendra le quart.

Y a-t-il quatre enfants? l'époux sera considéré comme un cinquième enfant, et son don sera du cinquième des biens, et ainsi de suite (2).

(1) Ricard, nº 1288.

(2) M. Merlin, Rép., vº *Noces (secondes)*, p. 576, col. 2, nº 4. M. Toullier, t. 5, nº 884.

Que s'il n'y a que deux enfants, la donation faite au second époux devrait être du tiers en suivant la même méthode de calcul. Mais n'oublions pas qu'aux termes de notre article la donation faite à l'époux du second mariage ne doit jamais excéder un quart de la succession; le tiers sera donc réduit au quart.

2706. Notre second cas a lieu, quand, au lieu de donner une part d'enfant, le disposant a fait à son second époux un don d'une valeur certaine susceptible de réduction.

Il faut considérer d'abord l'époux donataire comme un étranger, séparer dans la succession la partie réservée de la partie disponible, distribuer la portion réservée entre les enfants, prendre le don de secondes noces sur la portion disponible, puis enfin retrancher sur ce don ce qu'il y a d'exorbitant, ce dont il excède la part de chaque enfant. Jusque-là point de difficulté.

Mais que fera-t-on de cet excédant enlevé à l'époux donataire? Le répartira-t-on entre les enfants et l'époux donataire, ou bien entre les enfants à l'exclusion de l'époux donataire?

La glose sur la loi *Hac edictali* (1) paraît décider que le second époux doit prendre dans la portion retranchée la même part que celle qu'y prendra l'un des enfants. C'est aussi l'avis de Renusson (2).

La raison de ces auteurs est que le second époux a déjà dans ce qui lui reste autant que chacun des enfants. Si les enfants se partagent entre eux la portion retranchée sur la donation sans y faire participer le donataire, ils auront plus

(1) Sur les mots : *Inter eas dividi*.

(2) *Traité de la communauté*, p. 4, c. 3, n° 67. V. Bergier sur Ricard.

que ce dernier. Or, la loi prescrit l'égalité, et l'égalité est détruite à l'avantage des enfants (1).

Nonobstant ces raisons, Ricard et Pothier se sont prononcés en sens contraire (2). Ils se fondent sur les termes de la loi *Hac edictali*, § 6, et de la novelle 22, cap. 27, où il est dit : *Quod plus est in eo quod relictum aut datum est aut novercæ aut vitrico.... competit filiis ; et inter eos solos ex æquo dividitur*. Or, les textes de ces lois doivent servir d'interprétation et à l'édit qui en a été tiré, et au Code Napoléon qui a voulu les suivre. De plus, est-il raisonnable que la réduction exercée contre le donataire lui profite ? L'art. 921 du C. N. ne décide-t-il pas expressément que le donataire ne peut point profiter de la réduction (3) ?

Montrons par une espèce l'application de ces idées.

Titius, remarié en seconde noces, a laissé quatre enfants d'un premier mariage; il institue sa femme son héritière universelle par contrat de mariage, et décède ayant 80,000 fr. de biens.

Le quart disponible est de 20,000 fr., la réserve est de 60,000 fr. Cette réserve, partagée entre les quatre enfants, donne 15,000 fr. pour chacun. La part d'enfant le moins prenant sera donc de 15,000 fr., et l'institution universelle de la femme, qui, si elle eût été faite à un étranger, eût pu comprendre les 20,000 francs disponibles, sera réduite à 15,000 francs. Les 5,000 francs restants seront partagés entre les enfants et augmenteront la part de chacun de 1,250 francs. En résultat, les enfants auront pour part

(1) Delvincourt, t. 2, p. 443, édit. de 1834. M. Vazeille sur 1098, n° 17. Zachariæ, § 690, note 33, 5, t. 5, p. 226 et 227. M. Ancelot sur Grenier, t. 4, no 708, note A.

(2) Ricard, *Donat.*, p. 3, n° 1319. Pothier, *Contrat de mariage*, n° 594.

(3) V. Ricard, no 1320.

dans la réserve	15,000 fr.
pour part dans la réduction.	1,250 fr.
Au total.	16,250 fr.

La femme devra se contenter de 15,000 fr. seulement.

Le système contraire, opérant une égale répartition des 5,000 fr. retranchés entre les enfants et le donataire, aurait donné pour chacun d'eux une somme de 16,000 fr.

2707. Faisons observer que ce dernier résultat eût été très-régulièrement obtenu, si le donateur, au lieu de se livrer aux excès d'une affection désordonnée, eût tout simplement donné à sa femme une part d'enfant.

De là on tire une objection contre notre opinion. Comment expliquer que l'époux donataire ait un bénéfice différent, suivant que le disposant lui aura donné une part d'enfant ou lui aura fait don de toute sa succession? N'est-il pas bizarre que le donataire ait moins, précisément dans le cas où le donateur a exprimé la volonté de lui donner plus? La quotité disponible dont le conjoint a le droit de profiter, ne doit-elle pas être la même, soit que le donataire ait reçu expressément cette quotité, soit que, ayant reçu davantage, il soit réduit à cette quotité?

La réponse à cette objection est facile. D'abord, dans le cas où le donataire s'est tenu dans les termes de la loi, il n'y a pas lieu a réduction. Au lieu que lorsqu'il s'en écarte par un excès, il faut opérer une réduction; ce qui suscite contre lui la disposition de l'art. 921 du Code Napoléon citée tout à l'heure.

De plus, lorsque l'époux a contrevenu à la loi en donnant plus qu'une part d'enfant, son conjoint, qui doit être considéré comme complice de cette contravention, doit en être puni; et cette peine est le retranchement de l'excédant pour

en faire tourner le profit exclusif aux enfants (1). Lorsqu'au contraire un époux donne à l'autre une part d'enfant, il se conforme à la loi. Le donataire, qui n'a pas voulu avoir plus que la loi ne le permet, est favorable; et pour suivre à la fois et la prescription de la loi et l'intention du donateur, il faut le traiter absolument comme l'enfant le moins prenant.

Il est donc raisonnable que dans deux cas si différents les résultats ne se ressemblent pas et que le donataire ne recueille pas les mêmes avantages (2).

2708. Passons au troisième cas, celui où la donation faite au conjoint du nouveau mariage n'est pas seule, et où le même époux a fait d'autres libéralités. Ce cas se subdivise; car les libéralités ont pu être faites à des étrangers ou à des enfants du disposant.

Supposons d'abord que ce sont des étrangers qui ont été gratifiés, indépendamment du nouvel époux; par exemple, Titius donne à un étranger 15,000 fr., puis à sa seconde femme une part d'enfant. Il meurt laissant quatre enfants de son premier lit et 80,000 fr. de fortune. Les donations toutes ensemble ne peuvent pas excéder le quart des biens, savoir, 20,000 fr., et les trois quarts réservés aux enfants, à savoir, 60,000 fr., procurent à chaque enfant, à titre de réserve, 15,000 fr. Telle est la part d'enfant le moins prenant. Le second époux, s'il avait été seul gratifié, pourrait recevoir 15,000 fr. Mais sur la quotité disponible qui est de 20,000 fr., s'impute d'abord une donation antérieure en date de 15,000 fr. Reste 5,000 fr. dont la belle-mère devra se contenter.

Cette solution dérive du principe que la quotité disponible

(1) Ricard, n° 1320.

(2) En ce sens, Grenier, t. 4, n° 708. Chabot, *Quest. trans.* p. 141, n° 13. Dalloz, Rép. méth, v° *Dispos. entre-vifs et test.*, t. 6, ch. 12, sect. 4, art. 2, n° 37.

fixée par l'art. 1098 ne saurait être cumulée avec celle de l'art. 913; elle se confond avec celle-ci jusqu'à due concurrence. Si, comme nous l'avons prouvé précédemment, la quotité disponible déterminée par l'art. 1094 au profit du conjoint le plus favorable, celui du premier mariage, ne s'ajoute pas à la quotité disponible ordinaire, mais se confond avec elle jusqu'à concurrence de la quotité la plus faible, à plus forte raison en est-il de même de la portion disponible spéciale au conjoint d'un second lit (1).

2709. De là des conséquences faciles à déduire et qui ont été consacrées par les tribunaux.

La première est que si le disposant, lorsqu'il contracte un second mariage, a déjà épuisé par des libéralités la quotité disponible ordinaire de l'art. 913, il ne peut plus rien donner à son nouvel époux. Car la quotité de l'art. 1098, quelquefois plus faible, jamais plus forte que celle de l'article 913, n'est plus libre dans ses mains (2).

La seconde est que, en sens inverse, lorsqu'une personne qui a trois enfants dont deux d'un premier lit, a donné à son second époux l'usufruit de la moitié de ses biens et que cet usufruit est jugé équivalent à un quart en pleine propriété, cette personne ne peut plus disposer de rien au profit de qui que ce soit (3).

2710. Supposons, maintenant, que les libéralités qui accompagnent la donation faite au nouvel époux ont été faites à des enfants du donateur.

Il faut distinguer si l'enfant donataire a été ou non dispensé du rapport, s'il a été ou non avantagé par préciput.

Plaçons-nous dans l'hypothèse où la libéralité faite à l'un

(1) M. Duranton, t. 9, nº 815. Zachariæ, t, 5, p. 229, § 690,

(2) Cass. 2 fév. 1819 (Devill. 6, 1, 18). Lyon, 14 mai 1813 (Devill., 4, 2, 308).

(3) Cass. rej. 21 juillet 1821 (Devill., 4, 1, 399).

enfants n'a pas été affranchie du rapport, mais a le caractère d'un avancement d'hoirie et posons une espèce.

Titius a quatre enfants; il fait à l'un d'eux un don qu'il ne dispense pas du rapport et qui se monte à 10,000 fr. : il fait un testament dans lequel il lègue à sa femme une part d'enfant le moins prenant. Il meurt, laissant 90,000 fr.

Les enfants non donataires pourront évidemment demander que leur frère fasse le rapport des 10,000 fr. à lui donnés par avancement d'hoirie. Mais ce rapport devra-t-il profiter à la femme du second lit?

Si elle en profite, il faudra joindre les 10,000 fr. donnés aux 90,000 fr. existants au décès du testateur, et dire qu'elle pourra prétendre le cinquième de 100,000 fr., c'est-à-dire 20,000 fr.

Si elle ne doit pas en profiter, sa portion devra se régler sur les 90,000 fr. restants, et son cinquième ne sera que de 18,000 fr.

La raison de douter de son droit de profiter du rapport se tire du principe émis dans l'art. 857 du Code Napoléon : « Le » rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier; il » n'est pas dû aux légataires ni aux créanciers de la succes- » sion. » Mais cette objection ne saurait nous arrêter si l'on se rapporte à ce que nous avons dit *supra* (1) dans une question analogue. Ici, comme dans le cas auquel nous renvoyons, il s'agit de composer la masse sur laquelle une quotité disponible doit être calculée. Or, il ne faut pas confondre le rapport réel, effectif, établi par la loi dans un intérêt d'égalité entre héritiers, rapport que les héritiers seuls peuvent demander, avec la réunion fictive à la masse des biens et l'imputation sur la réserve, dont le but est de déterminer la quotité disponible dans l'intérêt des donataires étrangers.

(1) *Supra*, n°s 979 et suiv.

Dans notre espèce, la femme avantagée n'a sans doute pas le droit d'exiger le rapport réel de ce qui a été donné à un enfant; elle ne peut pas prendre sur des biens déjà donnés une libéralité qui lui a été faite postérieurement à la donation (1). Mais elle a le droit de faire calculer la part d'enfant sur une masse intégrale et complète; elle a le droit de faire augmenter cette part de ce qui n'a été donné aux enfants qu'en avancement d'hoirie et doit être imputé sur leur réserve (2). C'est en agissant ainsi qu'elle fera respecter la volonté du père de famille; car, en donnant par avancement d'hoirie, il n'a pas pensé entamer sa quotité disponible; il a voulu seulement faire jouir son enfant de la réserve par anticipation.

2711. La solution n'est plus la même lorsque la donation faite à l'un des enfants a été dispensée du rapport. Pour déterminer alors la part d'enfant qui a été attribuée au second conjoint, il ne faut prendre en considération que la part de chaque enfant dans la partie indisponible de la succession. En effet, l'héritier qui a reçu une libéralité avec dispense de rapport est pareil à un donataire étranger. Il conserve le don jusqu'à concurrence de la quotité disponible; et bien qu'il succède d'ailleurs, il n'en communique pas le bénéfice à ses cohéritiers.

2712. Cette régle, tout à fait évidente quand la donation faite à l'époux suit le don par préciput, n'est pas moins certaine alors que c'est le don par préciput qui vient après le don fait au conjoint.

Par son contrat de mariage, passé le 6 juin 1820, Guilbeau père a fait donation à son épouse en secondes noces, pour le cas où elle lui survivrait, d'une portion d'enfant égale à celle que le moins prenant recueillerait dans sa succession.

(1) Paris, 9 juin 1836 (Devill., 36, 2, 356. *Palais*, t. XXVII, p. 1417).
(2) Paris, 20 février 1809 (Devill., 3, 2, 28. *Palais*, t. VII, p. 392).

Par son testament, en date du 2 juin 1824, il a légué par préciput et hors part, à Pierre Guilbeau, son fils, 6,000 fr. et à la femme Vigné sa fille, 4,000 fr.

La veuve voulait que, pour calculer la part d'enfant le moins prenant, à laquelle elle avait droit, les sommes léguées par préciput fussent réunies à la masse.

Mais cette prétention a été repoussée, avec raison, par arrêt de la cour de Paris du 19 juillet 1833, « attendu que si » la femme, pour faire fixer cette part d'enfant, peut exiger » le rapport des dons et legs faits par son mari, elle ne peut » néanmoins demander ce rapport qu'autant que les enfants » eux-mêmes auraient droit de l'exiger, et qu'elle n'est pas » fondée à critiquer les dispositions de son mari toutes les » fois que sa portion se trouve être équivalente à celle re- » venant à un des enfants réduits à sa portion dans la quo- » tité non disponible;... attendu que, bien que la donation » faite par Guilbeau à sa seconde épouse fût irrévocable et » antérieure au testament, cependant le droit résultant de » cette seconde donation, en faveur de la veuve Guilbeau, » ne pouvait être fixé qu'à la mort de son mari, puisque » seulement à cette époque il devenait possible de détermi- » ner la part d'enfant (1). »

Rien n'est plus juridique que cette décision. Qu'a donné le disposant? Une part d'enfant le moins prenant. Donc, tout ce qui, dans l'avenir, vient diminuer la part d'un enfant, diminue nécesairement l'avantage fait au conjoint. La part d'enfant ne saurait être déterminée qu'au décès et après que le donateur a usé du droit qui lui appartenait de faire des libéralités. L'époux donataire n'a donc pu compter que sur un avantage variable, élastique et susceptible de plus ou de moins. C'est là ce qui explique pourquoi la

(1) Devill., 33, 2, 397.

donation, bien qu'irrévocable, peut être influencée par des dispositions postérieures et par le fait potestatif du donateur.

2713. Jusqu'à présent, nous avons cherché à fixer, d'après les principes du droit, quelle peut être la part d'enfant le moins prenant qui peut être donnée au conjoint par l'époux qui convole. Mais il est possible qu'un enfant recueille en fait moins que sa part de droit, et cela par suite d'une renonciation à une partie de ses droits. On demande, en pareil cas, si, pour déterminer le droit de l'époux donataire, il faut prendre pour base ce que l'enfant moins prenant recueille en fait, ou bien ce qu'il pourrait récueillir en droit.

Cette question avait été fort agitée jadis. Elle se présentait surtout dans un cas qui ne peut plus se vérifier aujourd'hui, mais qui, par analogie, peut nous mettre sur la voie de la réponse à notre question.

Un père, en mariant sa fille, lui avait constitué une dot inférieure à la quotité de sa légitime et lui avait fait renoncer à sa succession future. La femme en secondes noces de cet individu devait-elle être réduite à une part égale à la dot, ou bien pouvait-elle demander une part égale à la légitime? En un mot, fallait-il prendre pour base le fait ou le droit ?

La jurisprudence avait varié. On décidait anciennement qu'il fallait s'en tenir au fait, et que l'époux ne devait pas avoir plus que n'avait par sa volonté l'enfant le moins prenant (1).

Mais l'opinion contraire plus favorable à l'époux finit par l'emporter. On reconnut que la quotité disponible en

(1) Chenu, 1er *Cent. quæst.* 66, *in fine.* Choppin, lib. 3, *in consuet. And.* c. 11, tit. 1, *num.* 9. A. Fabre, *Code*, lib. 5, tit. 5, *Defin.*, 3. note 7.

faveur de cet époux ne devait pas être laissée à l'arbitraire des enfants. La part de l'enfant le moins prenant, telle que la loi l'envisage, est la part d'un enfant qui succède et non pas la part que se fait un enfant par sa volonté, par des renonciations et des arrangements de famille contraires à son droit. C'est en ce sens que les arrêts (1) et les auteurs (2) se sont prononcés en définitive.

On en tirait la conséquence que si un enfant qui avait reçu un don inférieur à sa légitime s'abstenait d'agir en supplément, il ne portait pas atteinte au droit de l'époux survivant d'avoir l'équivalent de sa légitime (3) ; qu'il ne fallait pas avoir égard à la dot dont une fille devait se contenter par suite d'une renonciation insérée dans son contrat de mariage, pour régler le disponible de l'époux du second lit (4); et qu'à plus forte raison ne fallait-il tenir aucun compte de la situation d'un enfant qui, exhérédé pour juste cause, n'aurait rien reçu que des aliments (5), ou n'aurait rien à prétendre (6).

Cette seconde doctrine, qui est la vraie, doit nous servir de guide sous le Code Napoléon dans les cas analogues.

Supposons, par exemple, qu'un des enfants ait reçu une donation en avancement d'hoirie et que ses frères négligent ou refusent de demander le rapport. Ce fait ne nuira pas au nouvel époux, qui, ainsi que nous l'avons établi, profite du rapport pour la fixation de sa portion disponible (7).

(1) Brodeau et Louet, lettre N, somm. 3, n° 22. Expilly, ch. 167 de ses arrêts.

(2) Voët, *De ritu nupt.*, n° 130. Pérézius, *ad Cod. De secundis nupt.*, n° 17. Favre, *Code*, lib. 5, tit. 5, Def. 3. Ricard, *Donat.*, p. 3, n°s 1264 et suiv. Pothier, *Contrat de mariage*, n°s 561 et suiv.

(3) Pothier, *ibid.*, n° 561.

(4) Pothier, *ibid*, n° 562.

(5) Ricard, *ibid.*, n° 1266. Pothier, *ibid.*, n° 563.

(6) Ricard, *loc. cit.*, n° 1268.

(7) *Supra*, n° 2710.

Les enfants peuvent bien renoncer tant qu'ils veulent à leur droit, mais, par leur silence ou leur collusion, ils ne sauraient préjudicier à leur beau-père ou belle-mère à qui une part d'enfant est assurée par le défunt. « *Quo remedio si experiri nolint,* dit Voët, *sed acquiescendum putent, juri quidem suo renuntiare possunt, at non præjudicare juri novercæ, cui filialis portio ex testamento, vel pacto dotali est debita* (1). »

2714. Ce que nous venons de dire d'une renonciation partielle n'est pas moins vrai quand un enfant se prive de toute part dans la succession par une renonciation volontaire pure et simple. Il faut régler les choses comme s'il avait reçu la part que la loi lui a faite (2).

2715. Nous disons même que l'enfant, que son indignité dépouille de sa part, doit compter comme s'il la prenait en réalité. Ce n'est pas le fait de sa peine qu'on considère ; c'est la part à laquelle il avait droit et qu'il aurait reçue sans son indignité. L'époux ne saurait être réduit à rien pour des faits qui lui sont étrangers (3).

2716. Et, puisque dans toutes ces questions le droit l'emporte sur le fait, on ne mesurera pas la part de l'époux sur la part des enfants augmentée de la part de l'indigne ou du renonçant, laquelle doit se diviser entre eux. On prendra les choses telles qu'elles ont été réglées au jour du décès, comme s'il n'y avait pas eu de renonciation ou d'exclusion pour indignité. Sans quoi l'époux profiterait indirectement de la renonciation ou de la peine de l'indigne, et c'est là ce qu'on ne saurait admettre.

2717. Quand un enfant du premier degré est décédé et qu'il est représenté par des descendants, ces petits-enfants

(1) *De ritu nuptiarum*, n° 130, *in fine*.
(2) *Supra*, n° 784.
(3) *Supra*, n° 795.

sont comptés purement et simplement pour celui qu'ils représentent dans la succession du disposant, et la donation faite au nouveau conjoint n'est pas réduite à la part que l'un des petits-enfants a dans la subdivision du lot échu à sa souche (1). Telle est la conséquence de l'art. 740 du Code Napoléon (2).

Ceci cependant faisait doute dans l'ancien droit, alors que le disposant n'avait de son premier mariage qu'un seul enfant, lequel prédécédait en laissant des descendants. De graves autorités pensaient, en pareil cas, que le second époux ne pouvait prendre, dans les biens du disposant, qu'une part égale à celle du petit-fils le moins prenant, bien que, si l'enfant du premier degré ne fût pas mort, on eût dû considérer sa personne et sa part et non celle de ses enfants. Pour le décider ainsi, Brodeau se fondait sur le texte de l'édit qui répétait plusieurs fois : « Plus qu'à l'un » de leurs enfants, ou enfants de leurs enfants (3), » et il citait à l'appui un arrêt du parlement de Paris de 1651. Ricard (4) et Pothier (5), tout en acceptant cette solution, lui donnaient pour base une autre raison, savoir, que la représentation n'a pas lieu dans le cas proposé ; car elle n'est une fiction utile que lorsqu'il y a plusieurs souches, et elle est dépourvue de sens quand il n'y a qu'une seule souche.

Nous devons dire cependant que cette opinion n'était pas unanime ; Cambolas rapporte un arrêt du parlement de Toulouse, du 16 mai 1619, qui décide que tout ce qui est pris par les petits-enfants ne doit être considéré que comme une même portion sur laquelle doivent être mesurés les avan-

(1) Ricard, *loc. cit.*, n° 1271. Pothier, *loc. cit.*, n° 564.
(2) Toullier, t. 5, n° 877.
(3) Sur Louet, lettre N, somm. 3, n° 22, arrêt de 1651.
(4) *Donat.*, *loc. cit.*, n°s 1272 et suiv.
(5) *Op. cit.*, n° 565.

tages faits au second époux, et non pas sur ce que chacun des petits-enfants prend en particulier (1).

Sous le Code, le sentiment de Brodeau, de Ricard et de Pothier est généralement rejeté, et il devait l'être. L'art. 914 nous dit que, pour la détermination de la quotité disponible, les descendants, en quelque degré que ce soit, ne sont comptés que pour l'enfant qu'ils représentent dans la succession du disposant, et nous avons vu que cet article embrasse le cas où les petits-enfants sont tous issus d'un fils unique prédécédé (2). Or, qu'il s'agisse de fixer la quotité disponible ordinaire, ou la quotité spéciale au conjoint du second mariage, la règle doit être la même. Serait-il juste que la mort prématurée d'un fils du disposant et le nombre des descendants que ce fils laisse, changeassent l'étendue de la quotité disponible du père de famile (3)?

2718. Du reste, en cette matière comme dans toute la matière des donations et testaments, il y a des questions de volonté qui s'écartent des règles habituelles du droit. C'est par les circonstances qu'elles doivent être résolues.

Ainsi, il est possible que le donateur, en donnant à son époux une part d'enfant le moins prenant, ait entendu lui donner, non pas l'équivalent de ce que l'enfant le moins prenant recueille sur l'ensemble de ses biens, mais l'équivalent de sa part dans une portion limitée de son patrimoine. Nous trouvons un exemple de cette particularité dans une espèce jugée par la cour de Douai.

Nicolas Ducastel, en contractant un second mariage, avait donné à sa femme une part d'enfant; mais il avait rappelé dans le contrat que, conformément aux art. 1075 et suivants,

(1) Liv. 6, ch. 18.

(2) *Supra*, n° 797.

(3) Grenier, t. 4, n° 705. Toullier, t. 5, n° 877. Delvincourt, t. 2, p. 442, édit. de 1834. M. Duranton, t. 9, n° 803.

il avait fait à ses enfants d'un précédent lit le partage anticipé de plusieurs lots d'immeubles par forme de donation entre-vifs, ajoutant qu'il n'avait plus sur ces biens d'autres droits que l'usufruit qu'il s'en était réservé.

Dans ces circonstances, la cour de Douai crut pouvoir décider que le mari n'avait entendu donner et que l'épouse n'avait entendu recevoir qu'une part des biens existants au décès, autres que ceux dont la disposition irrévocable avait été faite auparavant (1).

2719. Il reste une assez grave difficulté sur la fixation de la part d'enfant. Supposons que le convolant ait donné à son nouvel époux une part d'enfant, et qu'ensuite ses enfants du premier lit viennent à prédécéder sans postérité. Comment se règlera la part d'enfant, n'y ayant plus d'enfants?

Cette question était diversement résolue dans l'ancien droit. Les uns voulaient que l'époux donataire eût tout le patrimoine (2); les autres voulaient qu'il n'eût rien. Voët (3) décide que la part d'enfant doit comprendre la moitié des biens. Ricard (4), Pothier (5), adoptent cette solution. Un arrêt de 1763 (6) l'a consacrée.

La raison de cette décision est que celui qui, soit par contrat de mariage, soit par testament, a donné à sa seconde femme une part d'enfant, n'a pas voulu lui donner la totalité de son patrimoine, mais seulement une portion, et que cette portion n'étant fixée ni par le disposant ni par aucun équivalent, il faut dire que le donateur a voulu donner la moitié d'après la règle contenue dans la loi 164, § 1, D., *De verb.*

(1) 30 décembre 1843 (Devill., 44, 2, 389).
(2) Lebrun, *Success.*, liv. 2, ch. 6, Dis'. 5, n° 12.
(3) *Loc. cit.*, n° 129.
(4) *Op. cit.*, p. 3, n° 1281.
(5) *Op. cit.*, n° 589.
(6) Denizart, v° *Noces*, n° 25.

signif. : Sed si non fuerit portio adjecta, dimidia pars debetur (1).

Mais cette décision ne peut plus être suivie sous le Code Napoléon, et il faut dire que par le mot « part d'enfant, » le donateur n'a pu avoir en vue que le quart de ses biens au plus ; car l'art. 1098 ne permet pas que la part d'enfant s'élève au-dessus de ce taux (2), et le testateur n'est pas censé avoir voulu autre chose que la loi, surtout lorsqu'il s'est servi des formules employées par la loi elle-même.

M. Vazeille n'admet pas cette solution (3); il croit que l'époux doit avoir tout le disponible, par conséquent la succession entière si le donateur ne laisse que des collatéraux, une moitié ou trois quarts s'il laisse des ascendants dans une ligne ou dans les deux lignes, et s'il n'y a pas d'autres libéralités. Cet auteur se fonde sur ce que le disposant, en donnant à son conjoint une part d'enfant, a voulu, autant que cela dépendait de lui, l'assimiler à un enfant, lui en conférer les droits, l'appeler par conséquent à toute la succession à défaut de réservataires.

Ce raisonnement repose tout entier sur des conjectures arbitraires. Comment tirer d'une disposition qui ne donne qu'une part d'enfant, le don de la totalité? Comment ne pas voir que le disposant n'a pas prévu le cas néfaste où il mourrait sans postérité, et que sa libéralité a pour base la croyance qu'il conservera les enfants qu'il a déjà? Enfin, est-il possible de refaire après coup et par une divination hasardée la disposition primitive? Le disposant seul avait le droit de prendre d'autres arrangements après le malheur

(1) Pothier, Pand., t. 3, p. 679, n° 161.

(2) Grenier, t. 4, n° 683, édit. Bayle-Mouillard. Toullier, t. 5, n° 887. MM. Duranton, t. 9, nos 824. Zachariæ, t. 5, p. 231, note 41. Coin-Delisle, art. 1098, nos 11 et 12.

(3) Sur l'art. 1098, nos 11 et 12.

qui l'a frappé. Pourquoi ne l'a-t-il pas fait? Est-ce que le juge a le pouvoir de disposer pour lui et de substituer sa volonté d'emprunt à celle qui a été exprimée formellement?

2720. Maintenant que l'on sait ce que comprend la part d'enfant le moins prenant et qu'on en connaît la consistance et l'étendue, nous devons faire remarquer que le veuf qui a des enfants d'un premier lit n'a pas à sa disposition autant de parts d'enfant qu'il peut contracter de mariages ultérieurs, à la condition cependant de ne pas excéder la portion disponible. Les libéralités qu'il fait à son second et à son troisième conjoint ne peuvent ensemble excéder une part d'enfant le moins prenant. C'est en ce sens que la loi romaine et l'édit des secondes noces ont toujous été entendus, et le Code n'a pas manifesté la volonté d'innover à cet égard.

Cependant cette solution a été contestée. On s'est appuyé pour la combattre sur une légère différence de rédaction entre l'édit de 1560 et le Code Napoléon. L'édit des secondes noces défendait aux veuves de donner « à leurs nouveaux maris » au delà d'une part d'enfant le moins prenant. Le Code Napoléon n'emploie plus le pluriel, et il se borne à défendre à celui qui, ayant des enfants d'un autre lit, contracte un second ou subséquent mariage de donner « à son nouvel » époux » au delà d'une part d'enfant. De cette différence dans les textes, on a conclu que le Code applique à un nouvel époux en particulier la quotité disponible que l'édit appliquait aux nouveaux époux pris collectivement (1).

Il faut repousser cette interprétation (2). Ce que l'art. 1098 ne dit pas dans les termes de l'édit des secondes noces, il le dit aussi énergiquement par ceux-ci : « Sans que, dans aucun

(1) M. Duranton, t. 9, n° 804.

(2) Toullier, t. 5, n° 882. Delvincourt, t. 2, p. 438, édit. de 1834. Grenier, n° 712, t. 4, p. 415, édit. de M. B. Mouillard. Vazeille, sur 1098, n° 10.

» cas, ces donations (au pluriel) puissent excéder le quart » des biens; » il est certain d'ailleurs que le législateur a voulu maintenir la sage disposition de l'ancien droit, et non pas créer un système nouveau (1).

2721. Passons à un autre ordre d'idées, et recherchons quelles dispositions doivent être resserrées dans les limites de la quotité déterminée par l'art. 1098.

Ce sont évidemment les donations faites au nouveau conjoint, soit dans son contrat nuptial, soit durant le second mariage. Elles s'adressent à la personne en sa qualité de conjoint.

Quant aux donations qui ont été faites à la même personne avant qu'elle soit mariée, il faut rechercher si elles ont été faites ou non en vue du mariage à contracter. Déterminées par la condition du second mariage, elles tombent sous la restriction de l'art. 1098; mais, si elles ont été faites à une époque où la pensée même de cette union n'avait pas été conçue, la donation aura fait acquérir au donataire un droit irrévocable, réductible seulement dans les termes du droit commun, mais qui ne recevra aucune atteinte d'un mariage que les parties ont contracté ensuite (2).

2722. D'après les principes généraux, on n'impute sur la quotité disponible que des libéralités proprement dites. Tous les actes qui ont un caractère à titre onéreux, intéressé de part et d'autre, lors même qu'ils procureraient, en définitive, un profit, ne comptent pas dans la quotité que les donataires ordinaires ont droit de recueillir. Mais il faut plus de sévérité, quand il s'agit d'un second époux et des intérêts du premier lit. On impute alors sur la quotité disponible, et l'on

(1) V. l'exposé des motifs. Fenet., t. 12. p. 573.

(2) Pothier, *Contrat de mariage*, n° 548. Touillier, t. 5, n° 876. M. Dalloz, v° *Disp. entre-vifs et test.*, t. 6, p. 278, n° 12. Zachariæ, t. 5, p. 218, note 8.

réduit, en cas d'excès, les avantages que retire le nouveau conjoint des conventions matrimoniales, bien que ces conventions portent le caractère de clauses d'association intéressées pour chacune des parties. Nous avons développé ailleurs ce principe, et nous y renvoyons (1).

2723. Il faut maintenant s'occuper de l'action en réduction et des personnes qui en profitent. Mais nous avons traité ce point avec détail dans notre *Comm. du contrat de mariage* (2). Le lecteur pourra y recourir. Nous avons établi, avec le texte de l'art. 1497, que l'action en réduction n'appartient qu'aux enfants du premier lit; que, cependant, les enfants du second lit en profitent par occasion, afin de maintenir l'égalité dans la famille (3), mais que ces derniers n'ont rien à prétendre, 1° si tous les enfants du premier lit sont prédécédés (4); 2° s'ils répudient purement et simplement et d'une manière absolue (5). Nous avons ajouté que, si pourtant les enfants du premier lit font remise de leur droit moyennant un prix, comme ils sont censés n'avoir fait remise que de leur part dans le retranchement, et non de celle de leurs frères et sœurs du second lit, ceux-ci peuvent profiter de cette ouverture pour obtenir ce qui doit leur revenir dans la succession de l'auteur commun (6).

2724. Il n'y a qu'un point sur lequel nous voulons insister un instant. Nous avons dit dans l'ouvrage précité, avec la plupart des auteurs, que les enfants du premier lit ne peuvent intenter l'action en retranchement ouverte à leur profit par l'art. 1496 du Code Napoléon, qu'autant qu'ils se

(1) V. art. 1496 et 1587 du Code Nap. et dans notre comm. du *Contrat de mariage*, les nos 2208 et suiv.

(2) Nos 2219 et suiv. V. art. 1496 et 1527.

(3) No 2224.

(4) No 2226.

(5) No 2227.

(6) Nos 2228, 2229.

portent héritiers (1). Mais nous avons établi ci-dessus (2) qu'en principe, pour exercer l'action en réduction, il n'est pas nécessaire d'être héritier, et que cette action est attribuée à la qualité d'enfant, *jure sanguinis*, *jure naturali*. Nous devons donc reconnaître que, dans le cas particulier qui nous occupe, la seule qualité d'enfant suffit, comme elle suffit d'après le droit commun (3). C'est, du reste, ce qui avait lieu dans l'ancien droit, en vertu de l'édit des secondes noces, non-seulement dans les pays de droit écrit, où, suivant la loi romaine, la légitime appartenait à la qualité d'héritier (4), mais encore dans les pays de coutume, bien qu'on y tînt pour maxime : *non habet legitimam nisi qui hæres est* (5).

« Pour que les enfants, disait Pothier, puissent demander » la réduction, il n'est pas nécessaire qu'ils soient héritiers » de leur mère qui a fait la donation ; car leur mère ayant, » par la donation qu'elle a faite à son second mari, mis » hors de ses biens tout ce qui est compris dans la donation, » tout ce qui y est compris ne faisant plus partie de ses » biens, lors de sa mort, ne se trouve pas dans sa succession. » Il n'est pas nécessaire qu'ils viennent à sa succession pour » savoir ce qui doit être retranché de la donation (6). »

2725. Mais ce que nous disons du droit de l'enfant renon-

(1) N° 2223.

(2) N° 915.

(3) *Contra*, MM. Toullier, t. 5, n° 880. Duranton, t. 9, n° 818. Zachariæ, t. 5, p. 227, § 609, note 34, etc., etc.

(4) Bredeau sur Louët, Lettre N, somm. 3, n° 20, 21, Voët, *De ritu nupt.*, n°s 111 et 112. *Auth. hæres* sur le § 1, L. 5, et § *Extantes* de la loi *Hac edictali*, C. *De secund. nuptiis*. *Supra*, nos 741, 745.

(5) Ricard, n°s 1201 et suiv. De Renusson, *De la comm.*, p. 4, ch. 3, n° 80. Pothier, *loc. cit.*, n° 568.

(6) Pothier, *loc. cit.*, n° 558. *Contra*, Toullier, t. 5, n° 880. M. Duranton, t. 9, n° 818. Delvincourt, t. 2, p. 440, édit. de 1834. M. Coin-Delisle sur 1098, n° 7. Zachariæ, § 690, t. V, p. 227, note 34.

çant d'agir en retranchement, il ne faut pas le décider pour l'indigne. Celui-ci ne profite pas de la réduction que subit le second époux. Les causes qui rendent quelqu'un indigne de recueillir les biens qui composent la succession de son parent, le rendent également indigne de s'enrichir, par réduction, des biens donnés au nouvel époux en violation de l'art. 1098 (1).

Mais ce n'est pas le nouvel époux qui, pour échapper à la réduction, invoquera l'indignité de l'enfant qui le poursuit. Comme ce sont les cohéritiers de l'indigne qui profitent seuls de la part que celui-ci aurait recueillie (2), c'est aussi à eux qu'il appartient de se prévaloir de l'indignité.

2726. L'action des enfants en réduction des avantages faits au conjoint du second mariage ne s'ouvre qu'après le décès du disposant (3), et les enfants du premier lit n'y peuvent renoncer d'avance, d'autant que, par cette renonciation, ils seraient censés avoir obéi à une contrainte exercée en fraude de la loi (4). Ainsi, un enfant qui, du vivant de sa mère, aurait approuvé la donation faite par celle-ci à un second mari et se serait expressément obligé à n'y donner jamais aucune atteinte, même dans le cas où elle excéderait ce que la loi permet de donner, n'en serait pas moins recevable, après la mort de la donatrice, à agir en réduction de cette donation.

Il suit de là que, lors même que le veuf ne se serait remarié que pour obéir aux dernières volontés de son conjoint prédécédé, et avec le consentement des enfants du premier lit, ces derniers seraient recevables à demander le retranche-

(1) Merlin, Répert. v° *Secondes noces*, p. 578, n° 7. Zachariæ, § 690, p. 227, *in fine*.

(2) V. *supra*, n° 795 et n° 2703.

(3) Mon com. du *Contrat de mariage*, n° 2221.

(4) Pothier, *Contr. de mar.*, n° 571.

ment. D'une part, le défunt n'a pu faire remise d'une peine qui n'a été introduite qu'en faveur des enfants, et non en sa faveur; d'autre part, les enfants, en consentant au second mariage, ne sont pas nécessairement censés avoir levé les restrictions de capacité qui en sont la suite; enfin ils renonceraient à un droit non ouvert sur une succession future (1).

Mais, si les enfants n'ont d'action en réduction qu'ils puissent exercer, où à laquelle ils puissent renoncer, qu'après la mort de leur auteur, ils peuvent, au moins de son vivant, faire des actes conservatoires. Par exemple, si les époux viennent à se faire séparer de biens, la séparation ne donne pas ouverture au droit de réduction des enfants, ils ne peuvent qu'intervenir à la liquidation, pour veiller à ce que les reprises des époux ne soient pas établies d'une manière préjudiciable à leurs intérêts (2).

2727. Comme la portion disponible en faveur du second mariage est souvent moins large que la portion disponible en faveur d'un étranger, la différence qui existe entre la portion disponible ordinaire et la portion disponible des secondes noces, rentre, par la voie du retranchement, dans la main des enfants pour s'ajouter à leur réserve. C'est là un bénéfice qui leur est personnel, et, quant aux étrangers gratifiés par le défunt, on règle la mesure des libéralités qui leur sont faites absolument comme si le second époux eût été un donataire ou légataire ordinaire.

Prenons un exemple, afin de rendre la règle plus facile à saisir :

Titius, père de six enfants, donne à une seconde épouse,

(1) Pérézius, C. *De secundis nuptiis*, n° 20. Voët, *De ritu nuptiar.* n° 138. *Contra*, Favre, C. *De secund. nuptiis*, définit. 5.

(2) V. mon comm. du *Contrat de mar.*, t. 3, n° 2220. *Supra*, n° 935. Riom, 9 août 1843 (Devill., 44, 2, 45).

par contrat de mariage, un immeuble valant 42,000 fr. Il meurt, laissant une succession évaluée à 84,000 fr. et un légataire universel de tous ses biens.

Le quart disponible, suivant l'art. 913, est de 21,000 fr.; la réserve est de 63,000 fr., qui, divisés entre les six enfants, donnent 10,500 fr. à chacun d'eux. C'est à ce taux que l'époux donataire doit être réduit. Cet époux subit d'abord une réduction de 42,000 fr. à 21,000 fr., conformément au droit commun; en outre, il sera réduit, en vertu de l'art. 1098, de 21,000 fr. à 10,500 fr. Or, les 10,500 fr. enlevés à l'époux par cette seconde réduction, seront attribués aux enfants, sans pouvoir servir à l'acquittement du legs universel. Autrement, ce serait le légataire universel qui profiterait de la situation exceptionnelle faite par l'art. 1098 au second époux, tandis que c'est à cause des enfants que la loi n'a pas voulu que le don fait à ce second époux fût aussi étendu que le don fait à un étranger. De quoi pourrait se plaindre le légataire? On le traite d'après le droit commun; on agit à son égard comme si le donataire était un étranger, et il l'est en effet dans ses rapports particuliers avec lui. Si ce donataire est hors du droit commun, c'est seulement dans l'intérêt des enfants; il faut donc que ceux-ci profitent seuls du retranchement. Supposons que la donation eût été faite à un tiers, elle eût valu pour 21,000 fr., c'est-à-dire pour toute la portion disponible : elle eût absorbé cette quotité, et le légataire universel n'aurait rien eu à réclamer. La position de ce dernier ne doit pas changer, parce que la loi a ordonné le retranchement de cette donation; ce retranchement n'a pour objet que la faveur des enfants du premier lit, et nullement les légataires, les créanciers, les étrangers à la famille.

Cette raison, donnée par le président Favre (1), nous pa-

(1) C. *De secundis nuptiis*, déf. 11. L'illustre président du sénat de Cham-

rait décisive; elle répond à toutes les objections et lève tous les doutes. Comme le dit très-bien Voët, le retranchement est une satisfaction donnée aux enfants du premier lit, et elle ne doit pas s'étendre à des tiers : « *Hæc secundarum nuptia-* » *rum pœna tantum in liberorum primi thori utilitatem ac* » *solatium est promulgata* (1). »

C'était aussi le point de vue de Ricard, quand il disait : « Il résulte de ce que les enfants ne prennent pas, en qualité » d'héritiers, le retranchement introduit en leur faveur par » l'édit des secondes noces, qu'encore que le retranchement » qui appartient aux enfants, en vertu de l'édit, leur soit » déféré à titre lucratif, et que les biens qui en proviennent » aient fait partie de ceux de leur père ou de leur mère, il » ne peut pas néanmoins être imputé sur leur légitime, » laquelle doit être remplie d'ailleurs, d'autant que le profit » de ce retranchement leur est donné à titre particulier; et » il est vrai de dire qu'ils ne le tiennent pas de la libéralité » de leur père ni de leur mère, mais du seul bienfait de la » loi qui n'est pas un titre qui puisse servir à remplir la » légitime, qui doit être composée des dispositions gratuites » que le père a faites au profit de ses enfants ou de ce dont » ils profitent en conséquence de sa succession (2). »

2728. Que si au lieu d'une donation entre-vifs, c'est un

béry demande si les créanciers pourront profiter du retranchement opéré sur la donation entre-vifs faite à une seconde femme. Il décide la négative par la raison suivante : *Et quidem posteriores creditores illud repellit, quod si liberorum favore non obstaret, totius donationis emolumentum donatarius retineret, ut proinde nihil eorum interesse videatur. Junge* Voët *De ritu nuptiar.*, n° 113.

(1) *De ritu nupt.*, n° 112.

(2) *Donat.*, 3e part., n° 1312. Lebrun, *Success.*, liv. 2, ch. 6, sect. 1, dist. 3 n° 3. Pothier, *Cout. d'Orl.*, intr. art. 15. Sect. 5, § 4, n° 80. Merlin, Rép. v° *Noces (secondes)*, sect. VII, art. 4, n° 8.

legs qui a été fait au conjoint du second lit, on prendra pour guide les mêmes idées.

Supposons que Titius, ayant dix enfants d'un premier mariage, prenne Mævia pour seconde femme. (Qu'on nous permette cette hypothèse peu vraisemblable pour mieux mettre en lumière nos calculs.) Cet individu a 80,000 fr. de patrimoine. Il fait un testament par lequel il lègue 40,000 fr. à son épouse et institue Mævius son légataire universel.

La portion dont Titius pouvait disposer était de 20,000 fr. Or il a disposé par testament de 40,000 fr. Ses libéralités devront être réduites au marc le franc jusqu'à 20,000 fr. Dès lors 60,000 fr. seront attribués aux enfants pour remplir leur réserve. Les legs seront réduits chacun à 10,000 fr.

Mais Mævia, à raison de sa qualité de femme mariée, ne peut recevoir qu'une portion d'enfant le moins prenant. Son legs devra donc éprouver une nouvelle réduction, et être restreint à 6,000 fr., portion de chacun des enfants dans la réserve.

Mævius, qui est légataire universel, ne saurait exiger que les 4,000 fr. déduits à Mævia soient imputés dans la réserve. Il ne faut pas que, pour augmenter son legs, il se serve de la défaveur du second époux. Sans les enfants, ce second époux aurait pu recueillir les 10,000 fr. Ce sont donc les enfants et non Mævius qui doivent profiter des 4,000 fr.

2729. Il est vrai que nous avons vu ci-dessus (1) que lorsqu'un époux donne à sa future par contrat de mariage plus que ce dont il lui est permis de disposer par l'art. 1094, le retranchement sert à acquitter, dans les limites de la quotité disponible, les libéralités ultérieurement faites à des tiers par le donateur.

Mais entre ce cas et le nôtre la différence est considérable.

(1) Nos 2585 et suiv.

Celui qui, en se mariant une première fois, excède en faveur de son conjoint la quotité disponible, ne fait qu'obéir à un sentiment d'affection qui a une cause légitime. Il ne connaît encore qu'une seule amitié et il s'y abandonne avec confiance, ne sachant pas quels autres sujets de tendresse le mariage pourra lui réserver plus tard. Mais la loi, qui doit être plus prévoyante que l'homme, veille pour lui, et elle permet que la donation qui n'avait rien d'exagéré dans son principe, soit pourtant réduite *ex post facto*, afin de rendre au disposant une liberté qui lui est désormais nécessaire, comme père de famille armé d'un droit de coercition et chargé de doter, d'entretenir et de récompenser ses enfants. La réduction est autant en pareil cas dans l'intérêt du père que dans l'intérêt des enfants; elle est une sorte de restitution en entier qui le réintègre dans sa liberté aliénée, et qui résulte des circonstances nouvelles dans lesquelles la famille se trouve placée. Mais lorsqu'il s'agit de celui qui a convolé en secondes noces et fait une libéralité excessive au détriment des enfants d'un premier mariage, le législateur est inspiré par des sentiments bien différents. Ce n'est pas pour protéger l'époux contre lui-même qu'il élève la voix; il ne s'occupe plus que de l'intérêt des enfants du premier lit. Tout ce qu'il retranche au conjoint du second mariage, il n'ira pas, comme dans le cas précédent, le remettre au donateur. Ce serait le récompenser plutôt que le punir d'avoir oublié son propre sang. Le déférera-t-il à des légataires étrangers qui n'ont à invoquer d'autre titre que le droit de leur auteur? Ce serait encore manquer le but. Le retranchement profitera donc exclusivement aux enfants du donateur; et précisément parce qu'ils ont été sciemment oubliés et méconnus, le conjoint coupable de cet oubli aura pour punition de les enrichir de ce dont il avait voulu les appauvrir.

2730. Il n'en serait autrement qu'autant que le donateur, au lieu d'avoir voulu frustrer les enfants du premier lit, aurait au contraire entendu se tenir dans les limites de la loi, en déclarant que sa donation serait réduite à la mesure d'une part d'enfant le moins prenant, si à sa mort elle se trouvait excéder cette limite. Lorsque le donateur impose ainsi à son donataire l'obligation de subir la réduction légale, il se soumet à la loi; il l'applique lui-même et il ressaisit en quelque sorte, pour en disposer au profit de tiers, ce qu'il a donné de trop à son conjoint. La réduction n'est pas alors dirigée contre lui. Elle se fait par sa volonté au profit de ses libéralités ultérieures (1).

C'est ce qu'a très-bien jugé la cour de Grenoble par arrêt du 19 mai 1830 (2).

Le sieur Huvet, épousant en secondes noces la demoiselle Bucher, lui fit donation par contrat de mariage de l'usufruit de la moitié de ses biens, en spécifiant que cette donation serait réductible, en cas de survenance d'enfants du second lit, à une part d'enfant légitime le moins prenant (3). Il avait un enfant de son premier mariage et cinq naquirent du second. Il légua à ces derniers le quart de ses biens en nue propriété.

L'enfant du premier lit soutint que ce legs était caduc, parce que la quotité disponible était épuisée par la donation antérieure faite au second conjoint, et, de plus, que cette donation devait être réduite à une part d'enfant, c'est-à-dire à un septième.

On lui répondait : dans l'intention d'Huvet la donation était subordonnée au nombre des enfants. Il suit de là que la libéralité se trouve réduite, non par l'effet de la loi et de

(1) *Supra*, n° 2587.
(2) Devill., 9, 2,444. *Palais*, t. 23, p. 489.
(3) Cette clause résulte de l'arrêt, de la discussion et de la notice.

l'art. 921 du C. N., mais par l'effet de la volonté du donateur lui-même.

Sur quoi la cour repoussa la prétention de l'enfant du premier lit.

Cette décision est bien rendue. Seulement la cour aurait dû faire ressortir davantage la raison spéciale de décider que nous avons signalée et que la défense des enfants du second lit avait prise pour l'un de ses fondements.

2731. L'action en réduction exercée par les enfants du premier, rencontre souvent devant elle la question décidée par l'art. 917 du C. N.; question qui se soulève quand le don fait au second époux consiste dans un usufruit (1), ainsi que nous l'avons vu dans l'espèce posée au n° précédent. En d'autres termes, ce don d'un usufruit place-t-il les réservataires dans la nécessité ou d'exécuter le don intégralement ou d'abandonner la portion disponible, c'est-à-dire la part d'enfant le moins prenant en pleine propriété, conformé à l'art. 917?

L'objection vient de ce que nous avons décidé que l'art. 917 est inapplicable au don d'usufruit fait à un premier époux en vertu de l'art. 1094 du C. N. (2). Mais nous sommes loin de trouver ici les mêmes raisons de décider.

L'art. 1094 donne en effet une mesure spéciale qui s'adapte aux libéralités en usufruit. Au contraire, l'art. 1098

(1) Du reste, la convention matrimoniale qui attribue au survivant des époux l'usufruit d'une communauté d'acquêts constitue, lorsque l'époux prédécédé a laissé des enfants d'un précédent mariage, un avantage indirect, qui doit être restreint à la portion déterminée par notre article, alors même que les époux sont mariés sous le régime dotal, et que le survivant est le mari, auquel auraient appartenu tous les conquêts, s'ils n'avaient pas été mis en communauté. Req. 13 avril 1858 (*J. Pal.* 1859, p. 215; Devill., 59, 1, 415). Rouen, 20 juin 1857 (*J. Pal.* 1858, p. 454; Devill., 8, 2, 33).

(2) *Supra*, n° 2571.

ne fixe qu'une mesure en toute propriété. Si donc, dans le cas de cet article, la donation a été faite en usufruit, comment la ramener aux limites légales qu'on prétend avoir été dépassées, sinon par des estimations incertaines et des procédures dispendieuses que l'art. 917 a voulu prévenir? Cet art. 917 offre donc le moyen de sortir d'embarras, et tout commande d'en faire l'application (1).

C'est du reste ce qu'a jugé la cour de cassation par arrêt du 1er avril 1844.

Un sieur Cunin, ayant un enfant du premier mariage, légua à sa seconde femme l'usufruit, tel que la loi lui permettait de le lui donner, des biens qu'il laisserait à son décès.

La dame Cunin demanda la délivrance de ce legs et l'usufruit de la moitié de la succession, se fondant sur ce que l'usufruit de la moitié des biens représentait comme valeur le quart des biens en pleine propriété. Cette dame laissait d'ailleurs à l'enfant du premier lit l'option de lui abandonner, si mieux il aimait, le quart en toute propriété.

L'enfant soutenait, au contraire, que la libéralité ne pouvait excéder l'usufruit du quart des biens.

La cour de Metz ayant pleinement admis, par arrêt du 30 novembre 1842, le système présenté par la dame Cunin, le pourvoi contre la décision fut rejeté par l'arrêt précité : « attendu, en droit, qu'aux termes de l'art. 1098 du Code » civ., le survivant des époux, passant à de secondes noces, » peut donner à son nouveau conjoint le quart de ses biens » en toute propriété; attendu, en fait, que Cunin par son » testament a donné à sa seconde femme l'usufruit de sa » fortune, tel que la loi lui permettait de le donner; attendu » que l'arrêt, interprétant cet acte, a reconnu que le testa-

(1) M. Vazeille, art. 1098, n° 18, M. Ancelot sur Grenier, t. IV, p. 422, note A.

» teur avait voulu donner à sa femme l'usufruit de la moitié
» de ses biens et le lui a accordé, mais en laissant aux héri-
» tiers la faculté de délivrer seulement le quart en toute pro-
» priété s'ils le préféraient; attendu qu'au moyen de cette
» option les héritiers pouvant ne délivrer que ce dont leur
» auteur avait la libre disposition, sont sans droit et sans
» intérêt à critiquer l'arrêt (1), etc. »

2732. Toutefois l'option pourrait être refusée s'il résultait des circonstances que le donateur n'a eu aucunement l'intention de donner une pleine propriété et qu'il a seulement voulu donner un usufruit; c'est ce qu'on peut inférer d'un arrêt de la cour de Poitiers du 27 mai 1851, qui me semble tout à fait dominé par ce point de fait (2).

2733. De tout ce qui précède il résulte que l'action en réduction qui dérive des dispositions de la loi sur les seconds mariages, n'est pas une action en pétition d'hérédité (3). Pothier la qualifiait de *condictio ex lege;* elle est personnelle-réelle. Elle peut être formée contre les tiers détenteurs à qui l'époux donataire aurait fait passer les immeubles donnés. Les biens repris au donataire ou à ses ayants cause reviennent aux enfants du donateur sans aucune charge, hypothèque, servitude, que le donataire ou ses ayants cause y auraient imposés. N'ayant qu'un droit résoluble, ils n'ont pu conférer à personne un démembrement de propriété plus durable que leur propriété même (4).

2734. L'action en réduction passe aux héritiers directs,

(1) Arrêt, ch. req., 1er avril 1844 (Devill., 44, 3, 844). *Junge* Douai, 14 juin 1852 (Devill., 53, 2, 97); Orléans, 12 janvier 1855 (Devill., 55, 2, 544); Bordeaux, 3 juillet 1855 (Devill., 55, 2, 545); Caen, 10 décembre 1859 (Devill., 60, 2, 615). V° aussi MM. Aubry et Rau, t, 5, § 684 *bis*, note 7, et § 689, note 8.

(2) Devill., 52, 2, 1. *Junge* Amiens, 15 février 1822 (Devill., 7, 2, 25).

(3) *Supra*, nos 2724 et 2727.

(4) Pothier, *Contrat de mariage*, no 167.

collatéraux ou testamentaires des enfants, pourvu que ces enfants aient survécu à leur père ou mère (1). Elle peut être exercée par les créanciers d'un enfant au non de leur débiteur.

2735. Quant à l'estimation à faire des biens pour déterminer la quotité disponible de l'art. 1098, il faut suivre toutes les règles que nous avons tracées pour la détermination de la quotité disponible ordinaire (2).

2736. Après tout ce que nous avons dit, on peut se faire une juste idée de la nature de la donation d'une part d'enfant. Cette donation a pour objet une portion des biens que le donateur laissera à son décès. Elle est une donation partielle de succession; et elle ressemble beaucoup à une institution contractuelle. Aussi elle assujettit le donataire à payer une part des dettes du défunt. Toutefois, de ce que la qualité d'héritier ne lui est pas expressément donnée, Pothier (3) conclut que le donataire n'est tenu de ces dettes qu'*intra vires emolumenti*, et qu'il peut s'en décharger par un abandon des biens. Mais nous ne voyons pas de différence entre une institution contractuelle et la donation de part d'enfant qui ne porte que sur les biens que le disposant laissera à son décès.

Nous croyons donc que l'époux donataire qui a accepté après le décès du donateur, est tenu indéfiniment de sa part des dettes de son auteur, à moins qu'il n'ait eu soin d'accepter sous bénéfice d'inventaire.

2737. Et puisque tel est le caractère de la donation de part d'enfant, il s'ensuit que, si le donataire meurt avant le donateur, la disposition est caduque (4).

(1) Fabre, C. lib. 5, tit. *De secundis nupt. defin.*, 3, n° 7.
(2) N°s 943 et suiv.
(3) *Contrat de mariage*, n° 595.
(4) Arret du 13 avril 1688. J. *des Aud.*, à sa date. Pothier, *Contrat de*

2738. Renusson tirait une autre conséquence de l'assimilation d'une donation de part d'enfant à une institution contractuelle; c'est que les enfants nés du nouveau mariage étaient tacitement et vulgairement substitués à l'époux appelé à recueillir une part d'enfant (1). Mais cette opinion, douteuse dans l'ancien droit (2), ne vaut rien sous le Code Napoléon. L'art. 1093 ne permet ni de sous-entendre, ni d'exprimer une substitution vulgaire au profit des enfants à naître, dans une institution contractuelle entre époux (3); et quand il s'agit d'un second mariage, il y a une raison de plus de décider ainsi : c'est que la substitution nuirait aux enfants du premier lit que la loi veut, avant tout, protéger. La caducité, au contraire, fera rentrer souvent les biens dans la succession de l'époux remarié, et les enfants du premier lit en auront leur part (4).

Il est vrai que l'art. 1093 ne parle que du cas où la donation a été faite par contrat de mariage; mais il y a les mêmes raisons de décider quand elle est faite durant le mariage. En principe, les donations faites à l'époux sont purement personnelles. Les enfants restent en dehors des prévisions du donateur, qui sait qu'ils retrouveront dans sa succession les biens qui y feront retour.

mariage, n° 595. Lebrun, lib. 2, ch, 6, dist. 5, n° 25. Renusson, *De la communauté*, p. 4, ch. 3, n° 72. Grenier, t. IV, n° 684. Zachariæ, t. V, p. 232.

(1) *Loc. cit.*, n° 73.

(2) Pothier, *loc. cit.*, n° 596.

(3) V. *supra*, n° 2538.

(4) Toullier, t. V, n° 890. MM. Duranton, t. IX, n° 827. Zachariæ, t. V, p. 232, note 42. Ancelot sur Grenier, t. IV, p. 377, note 6. *Contra*, Grenier, t. IV, n° 684.

Toullier décide à tort, selon nous, qu'une substitution expresse au profit des enfants serait valable ; nous avons refuté cette erreur, *supra*, n° 2539.

Article 1099.

Les époux ne peuvent se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus.

Toute donation, ou déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle.

Article 1100.

Seront réputées faites à personnes interposées, les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage, et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire.

SOMMAIRE.

2739. Analyse des articles 1099 et 1100.
2740. Leur origine et leur étendue d'application.
2741. Ces articles se réfèrent à l'art. 1096, et en sanctionnent la disposition.
2742. De la distinction entre les donations indirectes et les donations déguisées pour l'application de l'art. 1099.
2743. Objections contre cette distinction.
2744. Nos articles ne sont applicables que lorsque l'avantage dissimulé est excessif.
2745. Qui peut invoquer la nullité de l'art. 1099?
2746. Si la donation déguisée ne contrevient qu'aux art. 1094 et 1098, l'action appartient non pas au donateur, mais uniquement à ses héritiers réservataires.
2747. Les créanciers du donateur ne peuvent l'intenter.
2748. Les légitimaires ne peuvent agir qu'après la mort du donateur, si ce n'est pour faire des actes conservatoires.

2749. Si la donation déguisée a été faite durant le mariage, le donateur à l'action en nullité.

2750. Cette action ne passe pas aux héritiers non réservataires.

2751. Mais les héritiers réservataires peuvent l'exercer, si la donation porte atteinte à leurs droits.

2752. De la présomption légale d'interposition de personne.

2753. Sens du mot « enfant. »

2754. L'enfant naturel doit être présumé personne interposée comme l'enfant légitime.

2755. La présomption n'est pas applicable lorsqu'il est impossible que l'époux profite de la donation.

2756. Toute autre personne peut être interposée. — Mais il faut prouver l'interposition.

COMMENTAIRE.

2739. Le législateur, après avoir renfermé dans de sages limites les libéralités entre époux, devait songer aux moyens par lesquels on chercherait à éluder ses prohibitions, et s'efforcer de prévenir ou de réprimer la fraude. C'est ce qu'il a fait dans les art. 1099 et 1100.

Le premier de ces articles prévoit et règle trois cas : celui où, pour tromper la vigilance de la loi, les époux se sont fait un edonation indirecte, celui où ils se sont fait une donation déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, et celui où ils se sont fait une donation par personne interposée.

Le second article se prononce sur les présomptions légales d'interposition.

2740. Les aticles 1099 et 1100 prennent leur source la plus directe dans la loi *Hac edictali*, C. *De secundis nuptiis* (1), et dans l'édit des secondes noces de 1560 (2) qui

(1) ... *Omni circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocumque modo fuerit excogitata, cessante. Princip. in fine.*

(2) « Les veuves ayant enfants..., si elles passent à de nouvelles noces,

renfermaient, contre le déguisement et l'interposition de personne, des dispositions sur lesquelles les nôtres sont calquées.

Mais il ne faut pas croire que les art. 1099 et 1100 ne se réfèrent qu'à l'art. 1098. Ils sont la sanction de l'art. 1094, aussi bien que de l'art. 1098. Car dans le cas de l'art. 1094, il y aussi des restrictions que les époux ont intérêt à éluder, et le législateur ne devait pas rester désarmé. Le texte de l'article 1099 parle clairement à cet égard (1).

2741. Il n'est pas moins certain que nos deux articles se lient comme sanction pénale à l'art. 1096, qui déclare révocables les donations faites entre époux pendant le mariage. La fraude peut avoir ici un double but; cacher la donation et entraver la faculté de révocation accordée au donateur. Il faut donc l'atteindre par les moyens organisés par les art. 1099 et 1100.

Nous disons, par l'art. 1100 : et en effet, si l'un des époux fait une donation à son époux, pendant le mariage, en voulant se servir du moyen de l'interposition de personne, on jugera de l'interposition par la présomption de l'art. 1100. Il y avait des présomptions d'interposition de personnes dans l'ancien droit (2), et Plutarque en fait sentir la nécessité (3). Le Code aurait été imprévoyant s'il n'eût pas porté sur ce point sa vigilante attention.

» ne peuvent..., en quelque façon que ce soit, donner de leurs biens... à » leurs nouveaux maris, père, mère ou enfants desdits maris ou autres per- » sonnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interposées, plus » qu'à l'un de leurs enfants. »

(1) *Junge* Delvincourt, t. II, p. 112. MM. Duranton, t. IX, nº 828. Dalloz, chap. 12, sect. 4, art. 3, nºs 1 et 2. Coin-Delisle, nº 2, sur nos articles. Zachariæ, t. V. p. 207, note 10, édit. de MM. Aubry et Rau.

(2) Bourbonnais, art. 226. Auvergne, ch. 14. art. 28. Louët et Brodeau, lettre D, somm. 17, nº 10. Pothier, *Donat. entre mari et femme*, nº 113.

(3) *Questions romaines*, quest. 8.

Nous disons l'art. 1099 : ce n'est pas que le donateur ait besoin de cet article; car, la qualité de donation entre époux étant restituée à l'acte, le donateur rentre dans le droit de révocation dont il s'était dépouillé en prenant le détour de gratifier un tiers; et par son action en révocation, il arrive à un résultat qui équivaut à la nullité prononcée par l'art. 1099.

Mais, en ce qui concerne les réservataires dont les droits ont été entamés par la donation déguisée et excessive, l'article 1099 est un *palladium* indispensable (1). Il faut qu'ils puissent faire crouler par l'action en nullité une donation qui a eu le double tort de manquer de sincérité et de léser leurs droits.

Ceci posé, citons l'arrêt suivant qui établira clairement la corrélation de l'art. 1100 avec l'art. 1096.

La dame Eudeline avait fait, en 1820 et 1823, donation de deux immeubles à la mineure Gabrielle Eudeline, fille de son mari, mais d'un premier lit.

Cette dame n'avait ni ascendants ne descendants.

Plus tard, la séparation de corps ayant été prononcée entre les époux, la dame Eudeline a demandé la nullité des donations par elle faites à la mineure Gabrielle. Après avoir triomphé en première instance, elle échoua devant la cour de Rouen, qui, par arrêt du 23 février 1831, refusa d'appliquer la présomption d'interposition de personne, édictée par l'art. 1100.

Mais cet arrêt a été cassé par arrêt du 11 novembre 1834 :

« Attendu que l'art. 1096, Code civil, porte que toutes » donations faites entre époux durant le mariage, quoique » qualifiées entre-vifs, seront toujours révocables; attendu » que ces dispositions trouvent naturellement leur sanction

(1) *Infra*, nos 2746 et 2751.

» dans la deuxième partie de l'art. 1099, et dans l'art. 1100
» qui termine le chap. 9, titre 2, livre 3, Code civil, dans
» lequel elles se trouvent placées; attendu qu'il suit de là
» que, durant le mariage, les enfants nés d'un autre lit de
» l'un des époux ne peuvent recevoir de libéralité par do-
» nation entre-vifs de l'autre époux, parce qu'ils sont ré-
» putés personnes interposées à égard de leur auteur (1). »

2742. Voyons maintenant de plus près quelles sont les conséquences que l'art. 1099 attache aux donations indirectes et aux donations déguisées. Pour les bien comprendre, il faut faire une distinction fort importante entre les premières et les secondes. On se tromperait grandement si on les confondait. L'art. 1099 met entre elles une différence marquée.

Qu'est-ce qu'une donation indirecte? C'est celle qui, se faisant d'une manière franche, ouverte, se produit cependant sous une forme non solennelle et indirecte. Par exemple, je vous vends pour 100,000 fr. un immeuble qui en vaut 200,000. Cet acte est un mélange de la vente et de la donation, et constitue une vente sérieuse; seulement, pour traiter favorablement l'acquéreur, le vendeur lui transporte la chose pour un prix inférieur à la valeur réelle. Par là, il ajoute à la vente l'élément d'une donation, et cette donation est indirecte, parce qu'au lieu d'emprunter les formes di-

(1) (*Palais*, 26, 996). Sur renvoi, arrêt conforme de Paris, du 14 août 1835 (*Palais*, 27, 556, Devill., 36, 2, 343). *Junge*, Caen, 30 avril 1853 (Devill., 53, 2, 699); Cass., 2 mai 1855 (Devill., 56, 1, 178); Orléans, 23 février 1861 (Dalloz, 61, 2, 84); Toulouse, 26 février, 1861 (Devill., 61, 2, 327). V. aussi MM. Aubry et Rau, t. 6, p. 286; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. 3, § 461, note 19. — Pourtant on a soutenu que la donation déguisée est non pas radicalement nulle, mais seulement réductible à la quotité disponible. V. MM. Vazeille, art. 1099, n° 16; Rodière, *Rev. de legis.* t. 1, p. 472; Malpel, *Des succ.*, n° 266; Bugnet sur Pothier, *Don. entre mari et femme*, n°s 78 et 81, aux notes.

rectes que revêt la donation solennelle, elle arrive à son but par la voie indirecte de la vente (1).

De même, celui qui fait un don manuel (2), celui qui remet à son débiteur gratuitement le titre de l'obligation (3), celui qui renonce à une succession pour qu'un autre appelé à son défaut en profite, celui qui se porte caution d'autrui sans intention de répéter ce qu'on exigera de lui (4), celui qui paye la dette d'un autre sans intention de répéter la somme, celui qui stipule un avantage pour autrui à l'occasion d'un contrat onéreux qu'il fait pour lui-même (5), toutes ces personnes procurent un avantage, sans le couvrir d'aucun voile mensonger. L'opération est sincère, elle est en apparence ce qu'elle est en réalité.

Mais, lorsque la donation a été cachée sous la couleur d'un contrat onéreux, ou faite par personne interposée, et cela, afin de porter atteinte à la réserve d'un héritier, elle prend le nom de donation déguisée; couverte d'un vêtement menteur (6), elle trompe les regards, et l'apparence ne répond pas à la réalité : *Aliud scriptum, aliud gestum.*

Il suit de là que toute donation déguisée peut bien mériter le titre de donation indirecte; mais toute donation indirecte n'est pas une donation déguisée.

Or, quand la donation est simplement indirecte sans déguisement, l'art. 1099 se borne à l'atteindre par la réduction. Mais, quand la donation est déguisée, elle n'est pas seule-

(1) Pomponius, l. 5, § 3, D., *De donat. inter vir et uxor.* V. l'art. 1595, *in fine.*

(2) *Supra,* n° 1041.

(3) *Supra,* n° 1076.

(4) *Supra,* n° 1080.

(5) *Supra,* n° 1081.

(6) L. 5, § 5, D. *De donat., inter vir. et uxor.*: *venditionem commentus sit ut donaret.*

ment réductible; elle est frappée d'une nullité radicale et totale.

Telle est la disposition du second alinéa de l'art. 1099.

La raison de cette différence vient de ce que la donation indirecte, étant dépouillée de toute pensée de fraude à la loi, ne doit pas être traitée avec une sévérité exceptionnelle; au lieu que la donation déguisée est un acte de dissimulation qui doit être puni. Il faut le frapper comme un piége tendu à la bonne foi.

2743. Malgré cette explication, j'ai rencontré parmi les magistrats beaucoup de bons esprits qui ne se plient qu'avec peine à son autorité. Ils trouvent qu'elle s'écarte de la loi romaine et de l'édit de 1560, qui se contentaient de réduire la donation déguisée au lieu de la déclarer nulle (1), et qu'elle cadre assez mal avec le système du Code Napoléon, moins sévère en général que ces deux précédents (2). La distinction entre les donations indirectes et les donations déguisées ou faites par personne interposée n'est-elle pas trop subtile? Et pourquoi, d'ailleurs, lui donner ici tant d'importance, alors qu'elle n'en a aucune dans les donations excessives faites sous forme déguisée à des étrangers? L'époux doit-il être plus défavorable que des tiers?

Et puis, les deux paragraphes de l'art. 1099 ne peuvent-ils pas se concilier? Ne suffit-il pas de frapper de nullité ce qui a été donné au delà de la quotité disponible, sans atteindre la donation tout entière?

Mais ces objections doivent s'évanouir devant le texte de la loi et aussi devant les raisons que nous avons données. Sous l'ancien droit, on avait déjà fait la distinction (qu'on qualifie de subtile) entre les donations déguisées et les do-

(1) V. Cujas sur la loi *Hac edictali, in fine, Recit. solem., in tit. Codicis De secundis nuptiis*, et le texte de l'édit, cité *supra*, n° 2740.

(2) V. *supra*, n° 2698.

nations indirectes (1), et c'est là que l'art. 1099 l'a empruntée. Elle n'est subtile que pour ceux qui s'en tiennent à la surface et n'entrent pas dans le fond des différences que nous avons signalées. Qu'on ne s'étonne pas du reste de voir l'époux plus rigoureusement traité que l'étranger. La fraude étant plus fréquente, plus facile et plus dangereuse entre conjoints, il fallait l'attaquer par des moyens plus radicaux. C'est ainsi que par l'art. 1595 le législateur, craignant des libéralités déguisées par les époux sous couleur de la vente, coupe court à ce danger, en déclarant la vente nulle comme intervenue entre personnes incapables. A des périls prochains et graves, il faut des remèdes extrêmes.

Telle est, du reste, l'opinion dominante (2), et elle se fortifie de la jurisprudence de la cour de cassation attestée par les arrêts des 30 novembre 1831 (3), 29 mai 1838 (4), et 2 mai 1855 (5). On peut y joindre un arrêt de la cour impériale de Paris du 28 mars 1851, rendu sous ma présidence, qui marque, dans une espèce intéressante, la nuance existante entre la donation indirecte et la donation déguisée (6).

(1) Pothier, *Donat. entre mari et femme*, n° 78, d'après la loi 5, § 5, D. *De donat. inter vir. et uxor.*

V. aussi Roussilhe, *Traité de la dot*, t. II, n° 539, qui considère comme nulle absolument et non pas seulement réductible une donation faite à un second époux, au moyen d'une reconnaissance de dot.

(2) M. Grenier, n° 631, t. 4, p. 682, édit. de M. Bayle-Mouillard. MM. Delvincourt, t. II, note 8 de la page 113 et note 1 de la page 60. Toullier, t. V, n° 901. Dalloz aîné, v° *Disp. entre-vifs et test.*, 6, 294, n° 3. Favart, v° *Avant. ind.* Zachariæ, t. V, p. 222, note 23, édit. de MM. Aubry et Rau.

(3) Devill., 32, 1, 134.

(4) Devill., 38, 1, 481.

(5) Rendu sous ma présidence : MM. Renouard, rapp., et Vaïsse, av. génér. V. dans le même sens Limoges, 6 juillet 1842 (Devill., 43, 2, 27). Caen, 6 janvier 1845 (Devill., 45, 2, 393). Caen, 30 avril 1853 (Devill., 53, 2, 699).

(6) *Gazette des Tribunaux* du 29 mars 1851.

2744. Mais remarquons bien que la loi ne présume la fraude, et ne prononce la nullité que lorsque l'avantage dissimulé est excessif. Car c'est seulement alors que le déguisement prend la couleur d'un piége et devient un embarras. Mais, quand la donation n'est pas excessive, il en est autrement. Peu importe au législateur que le donateur ait pris une voie indirecte et déguisée pour arriver à une libéralité qu'il pouvait faire directement et sans détour. La forme est alors indifférente, et elle ne saurait emporter le fond. On sait, d'ailleurs, que les donations déguisées n'ont rien par elles-mêmes qui les rende défavorables ou invalides, alors qu'elles n'ont pas pour but de faire fraude à la réserve (1).

Écoutons, d'ailleurs, l'arrêt suivant rendu par cour de cassation, le 7 février 1849 :

« Attendu qu'après avoir fixé par l'art. 1098, Code civil, » la portion de ses biens dont un époux ayant des enfants » d'un premier lit peut gratifier son second époux, le législateur prohibe, par les articles suivants, les donations in- » directes qui excéderaient cette part et prononce la nullité » de celles qui seraient déguisées ou faites par personnes » interposées ;

» Attendu qu'il suit bien de là qu'alors qu'une donation » faite à personne interposée excède la quotité disponible, » elle est nulle, et non pas seulement réductible, mais qu'on » aurait tort d'en conclure que la libéralité faite à un enfant » du second lit, dans les limites de la quotité disponible » fixée par l'art. 1098 précité doive être également annulée ; » qu'il est, en effet, de principe que les parties peuvent faire » un choix entre plusieurs moyens d'atteindre leur but, » lorsque ce but est licite en lui-même ; qu'ainsi l'interposition de personne n'est condamnable et ne peut même être

(1) *Supra*, n° 1082.

» supposée qu'autant qu'elle a pu couvrir une fraude à la loi ;
» Et attendu, en fait, qu'il a été reconnu par l'arrêt atta-
» qué que le legs fait par Ville-d'Avray à la fille de sa seconde
» femme devait être pris sur la quotité disponible, et que
» le testateur était même resté, par l'ensemble de ses dispo-
» sitions, au-dessous des limites fixées par l'art. 1098 Code
» civil ; qu'il suit de là qu'en déclarant valable ledit legs,
» l'arrêt attaqué s'est conformé aux principes et n'a violé
» aucune loi (1), etc. »

On voit par là comment le système de l'art. 1099 diffère de l'art. 1595 du Code Napoléon. Dans le cas de ce dernier article la vente est nulle absolument, encore même qu'elle n'excède pas les limites de la portion disponible ; le législateur suppose entre les parties une incapacité de contracter par le moyen de la vente. Mais, dans le système de l'art. 1099, et alors que le déguisement est pratiqué par toute autre voie que celle de la vente (par exemple, par l'interposition de personne), l'acte subsiste tant qu'il ne porte pas atteinte aux réserves légales.

2745. Il faut voir maintenant quelles personnes ont le droit d'invoquer la nullité prononcée par l'art. 1099 contre les donations déguisées ou faites par personne interposée.

De ce que l'action en nullité fait tomber la donation au lieu de la réduire, on en a conclu qu'elle est absolue et qu'elle appartient à toute personne intéressée à la nullité. On ne saurait avancer une plus grande erreur. L'action en nullité n'est ici qu'une aggravation pénale de l'action en réduction ; elle n'appartient qu'à ceux qui peuvent intenter l'action en réduction et en profiter. Il est vrai que l'on dit quelquefois que la nullité prononcée par notre article est

(1) *Palais*, 49, 1, 313. Devilleneuve, 49, 1, 165. *Junge* l'arrêt du 2 mai 1855, cité plus haut, n° 2743, en note.

absolue. Mais on ne lui donne cette qualification que par opposition à la réduction; elle n'est pas absolue en ce sens qu'elle existe au profit de tout le monde.

Pour mieux éclaircir ce point, il faut nous placer dans deux hypothèses : la première qui a lieu lorsque la donation déguisée contrevient aux articles 1094 et 1098; la seconde qui a lieu lorsque la libéralité est faite sous un déguisement *constante matrimonio*.

2746. Dans la première hypothèse, il faut poser en règle générale que l'action en nullité n'appartient qu'aux enfants dans l'intérêt desquels a eu lieu la prohibition.

Partant de là, le donateur est non recevable à intenter l'action en nullité des avantages excessifs qu'il a faits sous un déguisement à son conjoint (1).

Supposons que, par contrat de mariage, il ait reconnu faussement avoir reçu de sa femme une dot considérable. Cet époux, ainsi que nous l'avons dit ailleurs (2), n'est pas recevable à attaquer cette donation, même pour cause de simulation. Il est lié par un acte où il avait capacité pour se dépouiller. S'il a voulu nuire à ses héritiers réservataires, ce n'est pas à lui à se prévaloir de son dol. Il ne pourrait pas demander la réduction d'une libéralité faite directement; il ne peut pas davantage faire annuler une donation faite d'une manière détournée. Car, la nullité, prononcée par l'art. 1099, n'a pas été introduite en sa faveur (3).

Pour compléter cette doctrine, je crois devoir citer un arrêt de la cour de Paris, rendu sous ma présidence, dans l'espèce suivante (4) :

Madame veuve Legenès avait cinq enfants d'un premier

(1) *Supra*, n° 2729, et mon Com. du *Contrat de mariage*, n° 2219.
(2) Mon Com. du *Contrat de mariage*, t. III, n°s 2220 et 2221.
(3) Riom, 9 août 1843 (Devill., 44, 2, 15),
(4) *Gazette des Tribunaux* du 30 mars 1851.

mariage, lorsqu'elle épousa le sieur Darnaud Dulac, officier de cavalerie. Bien qu'il y eût entre les époux une grande inégalité de fortune, les époux ne firent pas de contrat de mariage, et ils se trouvèrent placés sous le régime de la communauté légale. Le mari mourut bientôt en Afrique. Sa veuve, du côté de laquelle provenait toute la fortune, forma, lors de la liquidation de la communauté, une demande en nullité de l'avantage indirect résultant de l'absence de contrat et de la confusion, dans la communauté, du mobilier très-inégal des deux époux. Elle prétendait même que l'absence d'un contrat de mariage était le résultat de la captation, du dol et de la fraude.

Le tribunal de première instance accueillit pleinement la prétention de Madame Darnaud Dulac, par jugement du 31 août 1849, « attendu que c'est dans l'intérêt de l'époux aussi » bien que dans celui de ses enfants qu'est établie la prohi- » bition de l'art. 1098 confirmée par les art. 1496 et 1527; » que l'époux donateur peut donc lui-même réclamer la » réduction.... Attendu en outre que l'art. 1099 du Code » civil, en défendant aux époux de se donner indirectement, » prononce formellement la nullité de toute donation déguisée; qu'il est dès à présent incontestable qu'eu égard à la » position respective des deux époux Darnaud Dulac au » moment du mariage, l'adoption de la communauté légale » constituait un avantage indirect au profit du mari; qu'en » effet celui-ci ne possédait rien, tandis que sa femme possédait une fortune considérable dont la moitié se trouvait » ainsi transmise au mari; attendu qu'il est de principe » que l'action en nullité d'une donation appartient au donateur survivant; que vainement les héritiers Darnaud » Dulac prétendraient, en invoquant les dispositions de » l'art. 1527 du Code civil, avoir droit au moins au » sixième des biens existants au jour du décès de leur au-

» teur; qu'en effet, la communauté légale étant un avan-
» tage déguisé fait en vue de mariage, cet avantage doit
» être réputé fait à cause de mort; que dès lors il s'est
» trouvé sans effet par suite du prédécès du mari; déclare
» nulle et comme non avenue la communauté légale qui s'est
» établie entre les époux à défaut de contrat de mariage.....;
» dit que les époux seront réputés s'être mariés sous le régime
» de communauté réduite aux acquêts, etc. »

Ce jugement pose nettement la doctrine erronée que nous réfutons. C'est pourquoi nous avons voulu le citer en entier. Mais il ne pouvait échapper à l'infirmation : aussi la cour n'a-t-elle pas hésité à donner gain de cause à l'appel par son arrêt du 28 mars 1851.

« La cour,

» Au fond, considérant qu'en admettant que l'adoption
» du régime légal de la communauté entre les époux Dar-
» naud Dulac renferme un avantage indirect au profit du
» mari, une donation de cette nature ne saurait entraîner la
» nullité du régime de la communauté, et autoriser les tri-
» bunaux à lui substituer arbitrairement un autre régime ;
» que cette donation, valable entre les époux et tout à
» fait distincte de la donation déguisée prévue par l'arti-
» cle 1099 du Code civil, ne serait sujette a réduction, aux
» termes de l'art. 1496 du même Code, que sur la demande
» et au profit des enfants du premier lit, et seulement à
» l'époque de la mort de leur mère;

» Que, d'autre part, le fait de dol, de fraude et de capta-
» tion allégués par la veuve Darnaud et qui auraient été
» employés pour la déterminer à se marier sous le régime de
» la communauté légale, ne sont pas établis au procès;

» Que dès lors elle est sans droit pour demander, soit la
» nullité absolue, soit la réduction de l'avantage indirect

» qu'elle prétend avoir fait à son mari..... met l'appellation
» et ce dont est appel au néant, émendant, etc. »

2747. Si le donateur est non recevable, ses créanciers postérieurs le sont comme lui. A la vérité, quand les titres des créanciers sont antérieurs à la simulation d'un apport dotal dans le contrat de mariage de leur débiteur, ils ont le droit de l'attaquer en se fondant sur l'art. 1167 du Code Nap. Mais les créanciers postérieurs au mariage sont sans action. Où serait le fondement de leur droit? Dans le déguisement de la donation et dans son exagération? Mais la forme déguisée donnée à la donation ne l'empêche pas d'être sérieuse, et l'inofficiosité ne les concerne pas. Serait-ce dans le droit de leur débiteur? Mais ils n'ont pas plus de droit que lui (1).

2748. Les enfants eux-mêmes, dans l'intérêt de qui l'action en réduction et en nullité a été établie, ne peuvent l'exercer pendant le mariage (2). Ils peuvent seulement faire des actes conservatoires dans le cas de séparation de biens (3). Ce n'est qu'au décès du donateur que s'ouvre leur action et qu'ils peuvent l'exercer.

2749. La seconde hypothèse à considérer est celle où la donation déguisée a eu lieu entre les époux pendant le mariage.

Deux cas peuvent se présenter.

Le premier a lieu lorsque le disposant n'a pas altéré le droit des réservataires, mais lorsqu'il a voulu tout simplement, durant son mariage, assurer à son conjoint un avan-

(1) Riom, 9 août 1843 (Devill., 44, 2, 15 et 16). Cassat. 2 mai 1855, portant cassation d'un arrêt de la cour impériale de Limoges, rendu sous ma présidence, M. Renouard, rapporteur, et M. Vaïsse, avocat général.

(2) Riom, 9 août 1843 (Devill., 44, 2, 15 et 16.) Arrêt de cassation du 2 mai 1855, précité. Arrêt de Paris, rapporté au n° 2475.

(3) Arrêts de Riom, et de cassation précités.

tage irrévocable. Dans ce cas, l'époux seul qui a compromis son droit de révocation peut faire annuler la libéralité. S'il meurt sans avoir intenté son action ou manifesté sa volonté de révoquer, il est réputé avoir confirmé ce qu'il avait fait. Ses héritiers n'ont aucun droit de faire valoir un droit que l'art. 1096 n'a pas établi en leur faveur et auquel leur auteur est présumé avoir renoncé.

Nous disons que l'époux seul a le droit d'agir en révocation ; et pour y parvenir, il est recevable à dévoiler la simulation qui enveloppe l'acte. Victime présumée d'une influence dominatrice, il doit être écouté lorsqu'en possession de sa liberté, il veut mettre au grand jour, même par des présomptions, la vérité qu'il a dissimulée (1).

2750. Mais ce droit ne saurait appartenir aux héritiers non réservataires. Que leur fait la simulation ou l'interposition de personne, puisque ces moyens n'ont pas été employés pour leur faire fraude et que le disposant qui, seul, pouvait se plaindre pendant sa vie et exercer son droit de révocation, ne l'a pas fait (2)?

2751. Que s'il y a des héritiers à réserve dont la légitime a été entamée par la donation déguisée entre époux (c'est ici le 2e cas que nous annoncions au n° 2749), il n'y a pas de doute que ces héritiers ne puissent agir par la voie de la nullité. On ne conteste pas que, lorsque le testateur fait par testament un legs à son conjoint sous le couvert d'une personne interposée, les héritiers à réserve ne soient reçus à le faire tomber pour le tout en vertu de notre article (3). Il n'en saurait être autrement quand la donation déguisée est excessive et faite entre-vifs pendant le mariage. D'une part,

(1) Limoges, 28 février 1839 (Devill., 39, 2, 375). Cassation, 16 avril 1850 (Devill., 50, 1, 591. *Palais*, 50, 2, 50).

(2) Bourges, 9 mars 1836 (Devill., 36, 2, 345).

(3) Cassation, 1er avril 1849 (Devill., 6, 1, 51).

le donateur a l'action en révocation conformément à l'article 1096; mais, d'autre part, l'art. 1099 a placé à côté de ce droit celui des réservataires contre les donations de cette espèce qui font fraude à loi (1); le premier de ces droits n'empêche pas le second. Chacun d'eux a pour but de pourvoir à des intérêts distincts.

2752. Après ces explications, il convient d'insister sur la présomption légale d'interposition de personne érigée par l'art. 1100.

La loi a considéré qu'il y avait des personnes tellement attachées par les liens de la parenté, de l'affection et de l'intérêt à la personne que le donateur ne peut gratifier que dans certaines limites, qu'il était impossible de ne pas supposer que ce qui leur était donné l'était à leur parent lui-même (2). De là les présomptions introduites par notre article, à l'imitation du droit ancien.

Elles sont *juris et de jure;* elles n'admettent pas la preuve contraire (3). La loi prévient bien des discussions par cette sage sévérité.

Quoiqu'un époux ne puisse avoir de personnes plus chères que les enfants qu'il a de son conjoint, cependant si ce dernier fait un don à ces enfants, la donation n'est pas censée faite à l'autre époux. Les enfants communs ne sont pas réputés interposés. La raison s'en trouve facilement dans l'affection paternelle, non moins forte que l'affection conjugale. *Quia scilicet*, dit Cujas, *ut donet mater, naturalis affectio facit* (4).

(1) *Supra*, n° 2741.

(2) Plutarque, *Questions romaines*, ch. 8.

(3) Art. 1352, C. Nap. V. *Supra*, n° 708.

(4) Sur *le tit. Cod. De secundis nupt.* Telle était aussi la décision de l'ancienne jurisprudence. V. Pothier, *Donat. entre mari et femme*, n°s 108, 113, et *Contrat de mariage*, n° 540.

Mais on considère comme personnes interposées les enfants issus d'un autre mariage. *Privigno ut donet noverca, maritalis affectio facit, non certe novercalis*, dit encore le même auteur (1). Si, en effet, Titius donne 50,000 fr. à l'enfant que sa femme a eu d'un autre lit, il sera facile de voir ici une personne interposée. L'affection d'un parâtre pour son beau-fils ne porte pas à de pareilles libéralités. Mais elles trouvent leur cause dans l'affection maritale qui, pour se déguiser, s'est servie de l'intermédiaire d'une tierce personne.

2753. Le mot « enfants » employé par l'art. 1100 du Code Nap., est, dans le langage du législateur, un terme générique qui comprend toute la ligne directe descendante, et qui s'applique aussi bien aux petits-enfants qu'aux enfants proprement dits. Cette interprétation s'accorde avec les précédents de la législation (2); elle est conforme à la rédaction générale du Code (3).

2754. La loi parle des enfants issus d'un autre mariage. Mais il faut étendre la présomption d'interposition de personne au cas où la donation est faite à l'enfant naturel du conjoint du donateur. Les raisons de ceci sont résumées dans un arrêt de la cour d'Amiens du 22 décembre 1858 (4) dont il nous suffit de donner les motifs :

« Attendu qu'aux termes de l'art. 1099 Code civil les » époux ne peuvent se donner indirectement au delà de ce » qui est permis par les articles précédents, et que toute » donation faite à personnes interposées est nulle; qu'aux » termes de l'art. 1100, les donations de l'un des époux

(1) *Loc. cit.*, Pothier, *ibid.*

(2) Pothier, du *Contrat de mariage*, n° 540, à propos de l'édit qui se servait de la même expression que le Code.

(3) Art. 914, Code Nap., Caen, 6 janvier 1845, déjà cité (Devill., 45, 2, 394).

(4) Devill., 39, 2, 254.

» aux enfants de l'autre époux, issus d'un autre mariage, » sont réputées faites à des personnes interposées; que, » bien que les enfants naturels ne soient point rappelés dans » cet article, la prohibition n'existe pas moins à leur égard; » que ces mots « issus d'un autre mariage » sont mis par » opposition aux enfants issus du mariage du donateur et » du donataire, parce que, dans ce cas, la donation est ré- » putée provenir de l'affection de l'époux pour ses en- » fants et non du désir d'avantager indirectement l'autre » époux; que hors ce cas la donation est censée faite à » l'époux toutes les fois qu'elle a pour but de l'avantager par » l'effet de ses rapports de parenté avec le donataire, ainsi » qu'il résulte des autres dispositions de l'article; qu'il y » a même raison de considérer comme faite à la mère la » donation au profit de l'enfant naturel, né avant son ma- » riage, que celle au profit d'un enfant du premier lit, et » que, l'intention de la loi étant évidente, on doit plutôt » consulter son esprit que judaïquement les termes dans » lesquels elle est conçue, etc. »

2755. Mais lorsque la disposition faite par un époux à l'enfant de l'autre a été conçue de telle sorte qu'elle ne peut pas profiter au conjoint du donateur, dans ce cas l'évidence même fait cesser la présomption de la loi. En voici un exemple décisif :

Le vicomte de Ville-d'Avray lègue à la dame de Laborde, fille d'un premier mariage de sa femme, une rente viagère de 1,800 fr., qui aura cours à partir du décès de sa mère seulement. Après la mort du vicomte de Ville-d'Avray, ses enfants d'un premier lit prétendent faire annuler ce legs par la raison qu'il n'a été fait qu'en considération de la veuve du testateur, mère de la dame de Laborde. Mais comment le legs aurait-il pu être censé fait à madame de Ville-d'Avray et non à sa fille, madame de Laborde, puisque

madame de Laborde ne devait recueillir qu'après la mort de madame de Ville-d'Avray (1)? La loi est raisonnable; on lui faisait dire ici quelque chose d'absurde (2).

Il est donc évident que l'art. 1099 n'est pas applicable quand l'interposition est impossible; et elle est impossible quand la personne incapable est dans l'impossibilité de recueillir.

2756. En dehors des personnes que la loi présume avoir été interposées, il peut se rencontrer des cas d'interposition pratiquée au moyen d'autres personnes. L'interposition peut alors se prouver par les moyens ordinaires, et même par les présomptions (3). Il ne faut pas que l'intérêt des réservataires reste désarmé. La loi laisse au droit commun le jugement de ces hypothèses qu'elle ne pouvait embrasser dans leur infinie variété.

(1) Caen, 13 novembre 1847 (Devill., 48, 2, 677).

(2) *Supra*, nos 709, 710, 711, 718.

(3) Cassat., req., 27 mars 1816 (Devill., 5, 1, 174). Cassat., 16 avril 1850 Devill., 50, 1, 591. *Palais*, 50, 2, 50).

FIN DU TOME QUATRIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE QUATRIÈME ET DERNIER VOLUME.

PAGES.

Chapitre VI. — Des dispositions permises en faveur des petits-enfants du donateur ou testateur, ou des enfants de ses frères et sœurs. 1
Sommaire. 1
Articles 1048, 1049, 1050. 7
Sommaire et Commentaire. 8
Article 1051. — Sommaire et Commentaire. 20
Article 1052. — Sommaire. 22
Commentaire 23
Article 1053. — Sommaire. 25
Commentaire 27
Article 1054. 37
Sommaire et Commentaire 38
Article 1055. — Sommaire. 40
Commentaire. 41
Article 1056. 42
Sommaire et Commentaire. 43
Article 1057. 43
Sommaire et Commentaire. 44
Article 1058. — Sommaire et Commentaire. 47
Article 1059. — Sommaire et Commentaire. 50
Articles 1060 et 1061. — Sommaire et Commentaire. 52
Article 1062. — Sommaire et Commentaire. 53
Articles 1063, 1064. 54
Sommaire et Commentaire. 55
Article 1065. 57
Articles 1066, 1067, 1068. — Sommaire et Commentaire. 58
Article 1069. 60
Sommaire et Commentaire 61
Article 1070. — Sommaire. 63
Commentaire. 64
Article 1071. — Sommaire et Commentaire. 65

PAGES.
Article 1072. — Sommaire et Commentaire. 66
Article 1073. 67
Sommaire et Commentaire 68
Article 1074. — Sommaire et Commentaire. 68
Chapitre VII. — Des partages faits par père, mère, ou autres ascen- 70
dants entre leurs descendants.. 70
Article 1075. — Sommaire. 70
Commentaire. 71
Article 1076. — Sommaire et Commentaire. 83
Article 1077. 87
Sommaire et Commentaire. 88
Article 1078. — Sommaire. 89
Commentaire 90
Article 1079. 95
Sommaire. 96
Commentaire. 97
Article 1080. — Sommaire et Commentaire. 110
Chapitre VIII.—Des donations faites par contrat de mariage aux époux 112
et aux enfants à naître du mariage. 112
Sommaire et Commentaire 112
Article 1081. — Sommaire et Commentaire. 114
Articles 1082 et 1083. — Sommaire.. 118
Commentaire. 121
Articles 1084 et 1085. — Sommaire 167
Commentaire. 170
Article 1086.. 257
Sommaire. 258
Commentaire. 259
Article 1087. — Sommaire et Commentaire 287
Article 1088. — Sommaire. 289
Commentaire. 290
Article 1089. — Sommaire. 298
Commentaire. 299
Article 1090. — Sommaire. 318
Commentaire. 319
Chapitre IX. — Des donations entre époux, soit par contrat de mariage, 333
soit pendant le mariage 333
Sommaire et Commentaire. 333
Article 1091. — Sommaire et Commentaire. 335
Article 1092. — Sommaire. 336
Commentaire. 346

PAGES.
Article 1093. — Sommaire. 352
Commentaire. 353
Article 1094. 365
Sommaire. 366
Commentaire. 368
Article 1095. — Sommaire. 444
Commentaire 445
Article 1896. — Sommaire 452
Commentaire. 453
Article 1097. — Sommaire et Commentaire. 447
Article 1098. 444
Sommaire et Commentaire 506
Article 1099, 1100. — Sommaire.... 590
Commentaire. 591
Table des matières contenues dans ce volume. 609
Table générale alphabétique et analytique.. 613

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE

GÉNÉRALE

ALPHABÉTIQUE ET ANALYTIQUE

DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CET OUVRAGE.

Les chiffres romains indiquent le volume; les chiffres arabes indiquent le numéro des paragraphes, et non la page.

A.

Ab irato. De l'action *ab irato* dans l'ancienne jurisprudence. II, 478. — *Quid*, sous le Code? — Controverse des auteurs. — Jurisprudence. 479. — Des enfants que le père a réduits à leur simple légitime ne peuvent pas par cela seul intenter cette action. 829.

Acceptation de donation entre-vifs. — 1° *Nécessité de l'acceptation.* Elle est de l'essence de la donation. — Droit romain. — Ancien droit français. III, 1087. — Le Code, comme l'ordonnance de 1731, exige la solennité de l'acceptation. 1088, 1096. — Exception en faveur des donations faites par contrat de mariage. IV, 2469, 2470. — L'acceptation n'a pas besoin de paroles sacramentelles. III, 1089. — La prise de possession dispense-t-elle de la formalité de l'acceptation? 1090. — La donation peut être révoquée tant que l'acceptation n'a pas été régulièrement manifestée. 1091, — quoique le donataire ait été mis en possession. 1092. — Les mineurs ne peuvent se faire restituer contre le défaut d'acceptation. 1093. — *Quid*, si la donation étant faite à deux personnes, l'une des deux seulement accepte? 1074, 1095. — Le donataire peut-il répudier après avoir accepté? — Distinctions. 64 à 70.

2° De l'*époque de l'acceptation.* 1097. — Elle ne peut avoir lieu que du vivant du donateur. 1098. — Les héritiers du donataire ne pourraient accepter, 1099, — ni ses créanciers. 1100.

3° De la *notification de l'acceptation.*—L'acceptation faite régulièrement du vivant du donateur doit, en outre, être connue de lui. — Conséquence. 1101, 1102. — Mais le donateur peut relever le donataire du défaut de notification. 1103. — Les héritiers et les créanciers du donataire peuvent notifier au donateur l'acceptation faite par leur auteur. 1104.

Ces règles sur l'acceptation expresse et solennelle sont-elles applicables aux donations indirectes et déguisées? 1105, 1106, 1107.

4° *De la forme de l'acceptation.* L'acceptation peut être faite par procureur. 1108. — Le mandat doit être spécial et en forme authenti-

que. 1109, 1110, 1112.— Une expédition du mandat doit être jointe à l'acte d'acceptation. 1113. — De l'acceptation d'un *negotiorum gestor* ratifiée du vivant du donateur. III, 1111.— *Quid*, si le donataire meurt avant que son mandataire ait accepté? 1114.

De l'acceptation de la donation faite à une *femme mariée*.

Nécessité de l'autorisation maritale. III, 1116. — Le défaut d'autorisation produisait-il, dans l'ancien droit, une nullité absolue? 1117. — *Quid*, sous le Code? 1118, 1119.— L'autorisation après le décès du testateur serait tardive. 1120. Elle est nécessaire quel que soit le régime adopté par les époux. 1121. — Le mari peut-il accepter la donation faite à sa femme absente, lorsqu'il n'a point de procuration? 1122.

De l'acceptation de la donation faite à *un mineur* ou à *un interdit*. Nécessité et formalités de l'acceptation par le tuteur. 1123.. — Acceptation par le curateur, si le mineur est émancipé. 1124. — L'omission de ces formalités entraîne-t-elle la nullité absolue de l'acceptation? 1125, 1126. — De l'acceptation par les ascendants des mineurs ou interdits. 1127 à 1130. — Il en est de même des père et mère des enfants naturels. 1131. — Les ascendants peuvent accepter pour leurs enfants conçus au moment de la donation. 1132.—*Quid*, si le tuteur veut faire à son pupille une donation? 1133. — Le mineur lésé par le défaut d'acceptation a un recours contre son tuteur. 1134. — *Quid*, dans le cas où le tuteur serait en même temps le donateur? 1135, 1136. — Le mineur ne peut se faire restituer contre le défaut d'acceptation. 1093. — Quant à la capacité du mineur de donner ou de recevoir par donation entre-vifs ou par testament, voyez *Minorité*.

De l'acceptation de la donation faite à *un sourd-muet*. 1137, 1138.

De l'acceptation de donations faites *aux hospices, aux pauvres et aux établissements d'utilité publique*. 1139. — Voyez *Corps moraux*, § 1er.

Accroissement. Du droit d'accroissement résultant de la caducité des dispositions testamentaires. — En thèse générale, la caducité profite aux héritiers *ab intestat* s'il n'y a pas de légataire universel, au légataire universel s'il y en a, même en présence de réservataires; mais la volonté du testateur peut faire fléchir cette règle. IV, 2160.— Droit romain; des diverses conjonctions. 2161 à 2168. — Système admis par le Code. 2169. — De la conjonction *re et verbis*. 2170. — De la conjonction *re tantum*. 2171 à 2174. — Jurisprudence de la cour de cassation. 2175, 2176. — L'interprétation de la volonté du testateur domine toutes les questions. 2177. — Résumé des conditions nécessaires pour que le droit d'accroissement puisse s'opérer. 2178. — L'accroissement se fait à la chose et non à la personne. 2179. — *Quid*, si le légataire a vendu sa portion du legs? 2180. — La portion vacante accroît-elle avec ou sans la charge qui l'affecte? 2181. — Règles qui président au partage de l'accroissement. 2182. — *Quid*, dans les legs d'usufruit? 2183 à 2185. Le droit d'accroissement n'a lieu que dans les dispositions testamentaires. 2186. — *Quid*, dans les institutions contractuelles? 2187, 2363. — Différence, quant au droit d'accroissement, entre les dispositions universelles et les legs particuliers. 2188. — De certaines dispositions qui ne sont pas, par leur nature, susceptibles de ce droit. 2189. — *Quid*, dans les legs de quantité? 2190. — Le testateur peut prohiber ce droit. 2191.

Aliénation mentale. Celui qui n'est pas sain d'esprit ne peut disposer par donation ou par testament.

Sens et étendue du mot *sain d'esprit*. II, 445 à 448.

§ 1er. De l'imbécillité, de la démence et de la fureur. 449, 450. — De la monomanie. 451 à 457. — Des intervalles lucides. — Valeur des actes faits dans ces intervalles. 458 à 460. — Des preuves de l'imbécillité, de la démence et de la fureur, s'il y a eu interdiction. 461, 462, 463. — Preuves en cas de non-interdiction. 464. — De l'individu pourvu d'un conseil judiciaire. 465, 466. — La preuve de la violence peut être articulée même après le décès du disposant non interdit. 467 à 471. — Peu importe la mention faite par le notaire que le testateur est sain d'esprit. 472. — La présomption est en faveur de la sagesse du testament, s'il ne contient pas de dispositions extravagantes. 473 à 476.

§ 2. De certaines altérations de la raison qui, sans avoir le caractère d'aliénation mentale, enlèvent à la volonté sa rectitude et son indépendance. II, 477. — De la colère et de l'action *ab irato*. 478. 479. — De la violence exercée sur l'esprit du testateur. 480 à 484. — Du dol et de la fraude. 485 à 488. — De la captation et de la suggestion. V. *Captation*. — Du concubinage. 496, 568. — Du testament fait après avoir pris l'avis d'un conseil. 497 à 499. — De l'erreur sur la cause finale. 500, — sur la personne de l'héritier ou sur le corps de la chose léguée. 501, — sur la qualité de la personne gratifiée. 502 à 505. — De l'ivresse. 506. — *Quid*, dans le cas de suicide du testateur? 507. — Le testament olographe est-il à l'abri des attaques qui peuvent se tirer de la démence, de la captation et autres causes ci-dessus indiquées? 508.

Ascendants. § 1er. De la réserve des ascendants en droit romain. II, 798. — Les coutumes ne leur en accordaient point. 799. — Loi du 4 germinal an VIII. — Le Code a adopté les principes du droit romain. 801, 802. — Du sens du mot *biens* dans l'art. 915, 803. — Le mot générique d'*ascendants* comprend non-seulement les père et mère, mais encore les aïeux à quelque degré qu'ils soient. 804. — Dans quel cas la réserve est-elle due aux aïeux. 805. — De leur droit dans une succession testamentaire si les frères et sœurs sont renonçants. 806. — *Quid*, s'il sont absents? 807. — *Quid*, dans le cas ou l'aïeul successible renonce? Les collatéraux ont-ils alors droit à la réserve? 808 809. — Du cas d'indignité ou d'absence ou de la mort civile de l'aïeul. 810. — du droit de l'aïeul sur la succession de l'enfant illégitime reconnu. 811. — *Quid*, à l'égard de la succession de l'enfant adopté? 812. — Du cas où les père et mère ont droit à une réserve sur les biens de leurs enfants prédécédés. 813. — *Quid*, si les père et mère sont indignes, interdits ou morts civilement? 814. — *Quid*, dans le cas de répudiation des père et mère? 815. — De l'adoptant à l'égard de l'adopté. 816. — Le père a-t-il une réserve sur les biens de son enfant naturel reconnu? 817. — Exemple des cas prévus par le 2e § de l'art. 915. 818. — Difficultés suscitées par quelques auteurs dans le cas où le disposant est mineur. 819 à 824.

§ 2. Du partage anticipé fait par les ascendants entre leurs enfants. Voy. *Partage d'ascendants*.

§ 3. De l'acceptation par les père et mère et autres ascendants du mineur de la donation qui lui est faite. Voy. *Acceptation*.

Augmentation. Lorsque celui qui a légué la propriété d'un immeuble l'a ensuite augmenté par des acquisitions, ces acquisitions font-elles partie du legs? — *Quid*, des embellissements ou des constructions nouvelles? Voy. *Délivrance de legs*, § 4.

Avancement d'hoirie. Des rapports à succession et de la réduction auxquels donnent lieu les donations en

avancement d'hoirie. Voy. *Quotité disponible*, § 4. *Rapport* et *réduction*.

C.

CADUCITÉ. § 1er. Des causes de caducité des dispositions testamentaires.

1° De la caducité par *le prédécès du légataire*. IV, 2121. Elle n'a pas lieu s'il est prouvé que le legs est une reconnaissance de dette. 2122. — *Quid* du legs remunératoire? 2123. — Les présomptions établies par l'art. 720 du Code, en cas de mort dans un même événement de personnes appelées à se succéder réciproquement *ab intestat*, sont-elles applicables entre le testateur et le légataire? 2124 à 2132. — Le legs n'est point caduc si le testateur à manifesté la volonté que les héritiers du légataire recueillissent à son défaut. Cette volonté doit-elle être formellement exprimée? 2133.

2° De la caducité des dispositions conditionnelles, lorsque le gratifié meurt avant l'accomplissement de la condition. Distinction à faire. 2134, 2135.

3° De la caducité par *la perte de la chose léguée durant la vie du testateur*. 2136, 2137. — Quand une chose est-elle censée avoir péri? 2138 à 2141. — La volonté du testateur doit être recherchée et toujours prévaloir. 2142. — L'insuffisance des biens de la succession peut rendre le legs caduc en tout ou en partie. 2143. — De la perte arrivée après la mort du testateur. 2144.

4° De la caducité *par incapacité du légataire*. Voy. *Capacité*. De l'époque à considérer pour apprécier l'incapacité. 2146.

5° De la caducité par *répudiation*. De la différence entre la donation et le legs quant à l'acceptation.

Voy. *Répudiation*.

§ 2. Quelles personnes peuvent profiter de la caducité du legs? — Voy. *Accroissement*.

§ 3. Caducité des donations faites en faveur du mariage.

Il y a caducité si le mariage ne s'ensuit point. IV, 2471, 2472. — Du cas où la donation faite en faveur du mariage se trouve hors du contrat. 2473. — La caducité s'applique aux donations déguisées. 2474. — La nullité du mariage a-t-elle le même effet que son inaccomplissement? 2475. — *Quid* à l'égard des tiers? 2476. — Quelle est l'influence de la nullité du contrat de mariage sur la donation? 2477. — La célébration du mariage après la mort du donateur empêche la caducité. 2478. — *Quid* de l'incapacité survenue en la personne du donateur avant la célébration du mariage? 2579.

De la caducité des donations faites à l'un des époux dans les termes des art. 1082, 1084 et 1086 du C. Nap., si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité. 2480. — 1° A quelle donation s'applique la caducité prononcée par l'art. 1089 du Code? 2481 à 2486. — 2° Quel est l'événement qui opère la caducité? Le prédécès du donataire et de sa postérité. 2487. — Il s'agit de la postérité du mariage favorisé par la donation. 2488, 2489. — Un enfant adoptif ne fait pas obstacle à la caducité. 2490. — *Quid*, de l'enfant naturel légitimé? 2491. — De la condamnation du donateur à une peine afflictive perpétuelle. De sa disparition et de sa déclaration d'absence. 2492, 2493. — Des mêmes causes à l'égard du donataire. 2494, 2495. — Effets de la caducité. 2496 à 2499.

CAPACITÉ. — INCAPACITÉ. De la capacité de donner et de disposer à titre gratuit.

Observations préléminaires. — La capacité de donner et de recevoir par donation entre-vifs ou par testament est de droit commun. Il,

509. — Motifs de certaines exceptions, 427. — Distinction entre la capacité active et la capacité passive. 428. Entre la capacité absolue et la capacité relative. 429.—Toute disposition en faveur d'un incapable est nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées. Voy. *Donation, Déguisement*.

§ 1er. Époques auxquelles doit être considérée la capacité de recevoir et disposer à titre gratuit.

1° Dans les testaments, en ce qui concerne le testateur. 429 à 434. — En ce qui concerne les héritiers institués et les légataires, 435 à 439.

2° Dans les donations entre-vifs, relativement au donateur, 440, — au donataire. 441. — *Quid*, au cas de donation faite à un enfant à naître? 442.

§ 2. Incapacités actives, c'est-à-dire qui empêchent de disposer valablement. Énumération, 443. — L'art. 901 embrasse les donations entre-vifs et les testaments.

1re incapacité. — *De l'insanité d'esprit*. Voy. *Aliénation mentale*.— *Quid*, de certaines infirmités corporelles et de la vieillesse? II, 535. 536. — Du sourd-muet. 537 à 539. — Un aveugle peut-il tester en la forme olographe; est-il à l'abri des attaques qui peuvent se tirer de la démence, de la captation et autres causes de cette nature? 508.

2e incapacité. — *De la mort civile* et des condamnations en matière criminelle. Voy. *Mort civile*.

3e incapacité. — *De la minorité*. Voy. *Minorité*.

4e incapacité. — De l'état *de femme mariée*. Voy. *Femme mariée*.

5e incapacité. — *Du prodigue*. Le prodigue, qui est privé de l'administration de ses biens, peut disposer par testament; mais il ne peut donner entre-vifs qu'avec l'assistance de son conseil judiciaire. 534.

6e *Des étrangers*. Voyez *Étrangers*.

7e, de la capacité des communes, des congrégations religieuses, des établissements publics et autres êtres moraux, civils et religieux et de celle des membres de ces corps considérés *ut singuli*. Voy. *Corps moraux*.

§ 3. Incapacités passives. Elles sont absolues ou relatives. 541.

Des *incapacités absolues*.

1° *De la mort civile* et de certaines condamnations criminelles. — Voy. *Mort civile*.

2° *Des personnes incertaines*. Rigueur de l'ancien droit romain corrigée par Justinien, 544. — Peu importe que le testateur ne connaisse pas la personne qu'il institue, si elle se trouve suffisamment désignée par le testateur et si la disposition n'a pas été faite au hasard. 546. — *Quid*, si la personne gratifiée n'est pas conçue au décès du testateur? 547. — De la faculté d'élire. 548. 615. — Du legs fait à un exécuteur testamentaire pour être employé suivant les intentions secrètes du testateur, 549, 550, 551. — *Quid*, des questions de dépôt entre-vifs? 552. — Du mandat de remettre une chose à une personne désignée. *Quid*, si elle n'est pas désignée dans le testament? 543, 554, 555. — En quel sens les legs faits à des animaux sont valables. 561.

3° *Des corps moraux civils et religieux*. Et des *religieux* considérés *ut singuli*. Voy. *Corps moraux*.

4° *Des étrangers*. Voy. *Étrangers*.

5° De l'incapacité passive en droit romain de la veuve qui se remariait ou malversait dans l'an de deuil. — *Quid* dans l'ancien droit français? *Quid* sous le Code? 563, 2200.

Des capacités relatives. Énumération. II, 567.

1° *Quid* du concubinage. — Voy. *Concubins*.

2° *De l'indignité?*—Voy. *Indignité*.

3° *De la minorité*. Voy. *Minorité*.

4° *De la femme mariée*. — Voy. *Femme*.

5° *Des enfants à naître*. — Voy. *Enfants à naître*.

6° *Des enfants naturels.* — Voy. *Enfants naturels.*

7° *Docteur en médecine et en chirurgie*, officiers de santé, pharmaciens. — Voy. *Médecins.*

8° *Ministre du culte.* — Voy. *Ministre du culte.*

9° *Des témoins instrumentaires. du testament.* — Voy. *Témoins instrumentaires.*

10° *Des conjoints.* (Art. 1094, 1098 du Code Napoléon.)

§ 4. Des donations déguisées faites au profit d'un incapable. — Voy. *Déguisement.*

Ou par personne interposée. — Voy. *Interposition.*

CAPTATION. *Suggestion.* La captation et la suggestion ne sont une cause de nullité des testaments que lorsqu'elles participent du dol. I, 379 à 491. — Différence entre captation et suggestion. 492.— Difficulté de faire admettre des preuves de suggestion et de captation. 493. — Malgré le silence du Code, il est certain que le testament pourrait être cassé pour suggestion et captation. 494, 495. — Il n'y a pas captation dans cette circonstance, que le testateur aurait eu recours à l'avis d'un conseil, 497 à 499. — *Quid* du concubinage? Voy. *Concubins.*

CAUSE. De la cause ajoutée aux libéralités.

En quoi elle diffère du mode. 379. — De la cause finale. — De la cause impulsive. 370. — Différence entre ces deux espèces de causes. — Conséquences. 381 à 384. — Dans le doute, il faut la considérer comme impulsive. 385. — Elle est purement impulsive lorsqu'elle a pour objet l'intérêt du légataire, 386, — finale lorsqu'elle est conditionnellement exprimé. 387. — Il en est de la fausse cause en matière de donation entre-vifs, comme en matière de legs. — 388. — De la cause contraire aux bonnes mœurs. — — Distinction. — Observations sur le sens de certains mots et de certaines formules employés dans les dispositions modales. Voy. *Conditions*, § 9.

CODICILLE. Du codicille dans l'ancien droit. — Ses différences avec le testament. I, 45, 46, 47. — Sous le Code, il n'y a plus de différence entre le codicille et le testament. 48.

CONCUBINS. Y a-t-il entre concubins incapacité de donner ou de recevoir par donation entre-vifs ou par testament? — Du concubinage en droit romain. II, 568 — Ancien droit français, lois des 17 nivôse an II et 4 germinal an VIII. — Comment le silence du Code doit être interprété. 569. — La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour laisser subsister les donations entre concubins, 570, — à moins qu'il n'y ait captation frauduleuse. 571. — Mais le concubinage n'est point une preuve irréfragable de la captation. 496. — Des dons et legs dans le cas où le concubinage prend le caractère d'adultère. 572.

CONDITIONS. Acception générale de ce mot dans le sens de l'article 900 du Code Napoléon relatif aux dispositions gratuites entre-vifs et testamentaires. I, 189.

§ 1. Définition, classification des conditions proprement dites. Nuances qui les distinguent. 190 à 207.

§ 2. Circonstances nécessaires pour que la disposition soit affectée par la condition. — Déductions.

1re Circonstance : La condition doit dépendre d'un *événement futur.* 208. — *Quid*, si l'événement déjà arrivé était inconnu? 209. — *Quid*, si la condition portait sur un événement déjà arrivé mais qui pût arriver une seconde fois? 210, 211.

2e Circonstance: La condition doit être d'une chose possible et licite. — Effets différents des conditions impossibles et illicites dans les testaments et dans les contrats. 212 à 224. — L'article 900 comprend l'impossibilité de droit et de fait comme celle de nature. 225. — Elle doit être absolue. 226. — Des conditions impossibles parce qu'elles

sont fausses 227 à 231. — De l'impossibilité survenant après le testament et avant la mort du testateur. 232 et 230 à 339. — *Quid*, lorsque la condition devient impossible après la mort du disposant? 233. — Exemples de conditions contraires aux bonnes mœurs naturelles ou civiles. 234, 335, 236. — De celles restrictives de la liberté quant au mariage. 237 à 249 — Des conditions affectant la liberté de prendre un état. 250, 251, 252. — De celle d'habiter avec le donateur ou dans un lieu désigné. 253. — De vivre honnêtement, 254, — d'embrasser tel ou tel culte, 255, — de prendre le nom du testateur, 256, — de ne pas demander le compte que le tuteur doit à son pupille. 257. — De la défense de faire inventaire, 258 à 263. — De la condition de ne point attaquer un acte nul. 264. — Du legs fait avec condition que le légataire n'attaquera pas le testament. 265, 266. — De la condition de respecter le partage des lots fait par le testatenr et de la sanction pénale qu'il y ajoute. 267, 268. — De celle de renoncer à une succession échue et même non échue, 269, — de vendre sans formalités de justice lorsqu'il y a des mineurs. 720. — De la défense d'aliéner pendant un certain temps. 271. — De la clause d'insaisissabilité. 272.

3e Circonstance. L'événement dont dépend la disposition doit provenir de la volonté spéciale du défunt.

De la condition extrinsèque. — Ses effets. 273, 274, 275. — Du legs fait sous une condition potestative de la part de l'héritier chargé du legs. 276. — La condition peut-elle être déférée à l'arbitrage d'un tiers ? 277, 278. — Le testateur peut faire dépendre le legs d'un fait qu'il serait au pouvoir d'un tiers d'exécuter. 279. — La disposition dépendant d'une condition perplexe est nulle. 280. — *Quid*, de l'obligation imposée au légataire de donner une chose égale au legs? 281.

§ 3. Effets des conditions. Trois époques à préciser. 282.

1re époque. *Temps où la condition est pendante*. De l'effet suspensif. Le légataire n'a qu'un droit éventuel. 283. — Conséquences. 284 à 290.

2e époque. *Temps où la condition arrive*. L'événement de la condition produit un effet rétroactif. — Différence dans les contrats quant aux effets des conditions. 291. — *Quid* quant à la condition résolutoire? 293 à 296.

3e époque. *Temps où la condition vient à défaillir*. Défaillance de la condition suspensive et ses effets. 292. — Lorsque la condition résolutoire manque, la disposition devient définitive. 296. — Les paroles contenues dans la condition ont-elles une vertu dispositive? 297 à 300.

§ 4. De l'accomplissement des conditions.

Elles doivent être exécutées *in forma specifica* et dans le *temps préfix*. 301.

Questions sur l'exécution *in forma specifica*. — Exceptions à cette règle. — Admission des équipollents. 302. — Exemples. 303. 304. 305. — La mort civile est-elle équipollente à la mort naturelle? 306. — La condition suspensive peut-elle être accomplie par une personne ou en une personne autre que celle désignée? 307 à 312. — Peut-elle l'être valablement par le mineur non autorisé? 313. — Du *temps* pour l'accomplissement des conditions. — *Quid*, si elle n'a pas été remplie dans le délai *préfixé?*—Distinctions. 314 à 325. — Cas dans lesquels la condition non accomplie est censée l'être. — 1re règle. Lorsque celui qui avait intérêt à ce que la condition ne s'accomplît pas, en a empêché l'exécution. 326. — 2e règle. Lorsque le tiers placé dans la condition et chargé de recevoir ou de permettre, refuse et met ainsi le légataire dans l'impossibilité de remplir la condition. 327. 328. —

3e règle. Les conditions potestatives sont censées accomplies lorsqu'il ne tient pas à celui à qui elles sont imposées de les remplir. 329. — *Quid*, s'il s'agit d'une condition mixte? — Distinction entre la partie de la condition qui est casuelle et la partie potestative. 330 à 344.

La condition peut-elle être divisée dans son accomplissement réel et de fait? — Distinctions. — Exemples. 345 à 350. — A qui incombe la preuve de l'accomplissement? 351.

§ 5. Du mode ajouté aux actes à titre gratuit. Voyez *Mode*.

§ 6. De la démonstration. — Son caractère. — Différence entre la démonstration et la détermination, ou, en d'autres termes, entre le legs démonstratif et le legs limitatif. 369, 370, 371. — Exemples. 372, 373. — Dans le doute, on doit considérer le legs comme démonstratif plutôt que comme limitatif. 374. — *Quid*, de la fausse démonstration de la chose léguée ou de la personne du légataire? 375, 376, 377. — *Quid*, si la détermination dans un legs n'était fausse que pour partie? 378.

§ 7. De la cause ajoutée aux libéralités. Voyez *Cause*.

§ 8. Du terme apposé aux libéralités. Voyez *Terme*.

§ 9. Sens de certains mots dont on se sert ordinairement pour exprimer les diverses modalités qui font l'objet des §§ 5, 6, 7 et 8 qui précèdent. I. 402. — Il n'y a point d'expressions sacramentelles. La volonté du testateur doit dominer. 403, 404. — Sens à donner en cette matière aux expressions *si*, *lorsque*, *quand*, *pour*, etc., et à diverses formules. 405 à 414. — De la répétition tacite des charges et conditions : — 1° lorsque la personne gratifiée ne recueille pas, la charge qui lui est imposée passe-t-elle à la personne qui recueille à sa place? 415 à 422. — 2° Quand les charges sont-elles censées répétées? 423 à 426.

Corps moraux. § 1er. De leur capacité de recevoir des libéralités.

Distinction entre les corps moraux privés et les corps moraux publics. — Ceux-ci n'ont d'existence que par la sanction de l'autorité et ne peuvent acquérir à titre gratuit qu'avec son autorisation. II, 662. — Les corps moraux publics sont civils, comme les communes, les hospices, etc., ou religieux comme les églises, les congrégations, etc. 663. — Variations du droit romain en cette matière. 556, 658 à 661 et 664. — Deux conditions sont exigées par le Code : l'autorisation d'existence, l'autorisation d'acceptation de la libéralité. — Explication historique, à ce sujet, sur l'ancien droit féodal d'amortissement. 665 à 669. — Peu importe que le corps moral ne soit pas désigné par son nom dans l'acte de libéralité, si la disposition en elle-même ne laisse aucun doute. — Exemple. 557 à 560.

De l'autorisation d'accepter nécessaire aux établissements publics. — Législation à différentes époques. 676. — Danger qui peut résulter des retards qu'entraîne cette nécessité, notamment en ce qui concerne les fruits et intérêts. 677. — La loi du 18 juillet qui a remédié à cet inconvénient en ce qui concerne les communes, est-elle applicable aux établissements de bienfaisance? 678, 679. — Peu importe que le corps moral appelé à recueillir ne soit pas désigné par son nom, si la disposition en elle-même ne laisse aucun doute. — Exemple. 557 à 560.

§ 2. Observations particulières aux congrégations religieuses.

Des lois du 2 janvier 1817 et 24 mai 1825 sur ces congrégations. — Elles ne peuvent ni posséder ni recevoir si elles ne sont formellement instituées par la loi. 670. — *Quid*, du legs fait à un établissement religieux dont l'existence n'a été autorisée que postérieurement au décès du testateur? 612. — *Quid* du

legs à une congrégation qui s'établira dans vingt ans, lorsque le donateur est décédé avant la création de l'établissement? 613. — La loi n'autorise pas les congrégations religieuses d'hommes. Exceptions. 671. — La constitution de 1848 n'a point restreint le droit de tutelle de l'État. 680, 681, 682. — Il doit s'étendre particulièrement sur les établissements religieux dans l'intérêt des familles, 683. — Des moyens fréquemment employés pour frauder la loi. 684. — Moyens de prouver la fraude. 685. — Des présomptions habituelles d'où résulte l'interposition de personnes. 686, 687. — Objections des congrégations religieuses non autorisées qui prétendent que, n'étant point reconnues par la loi, elles ont la capacité de simples particuliers; réfutation. — Arrêt en sens contraire. II. 688 à 691.

Congrégation *des Jésuites*. — Son incapacité d'acquérir à titre gratuit. 549, 681. — Congrégation *des Frères de la doctrine chrétienne*. — Elle est capable de recevoir. — Réfutation de l'opinion contraire. 528 et 672 à 675. — Des congrégations de femmes; législation les concernant. 530. — Des *sœurs hospitalières* et des *sœurs de charité*. 699, 697.

Des dispositions permises en faveur des établissements religieux légalement institués. — Loi du 24 mai 1825. — Prohibition du legs universel. 692. — Fixation de la quotité disponible. 693. — Présomption d'interposition entre les sœurs appartenant au même établissement. — La dot payée par chaque novice ne doit pas être imputée sur la portion disponible. 694. — De l'ancienne législation sur les dots apportées dans la communauté. 695.

Du retour au donateur ou à ses ayants cause des biens donnés, dans le cas où un établissement religieux vient à s'éteindre. 698. — De la répartition entre les établissements ecclésiastiques et les hospices s'il s'agit de biens achetés. 699.

Des membres d'une congrégation religieuse, considérés *ut singuli*. — Sous Justinien, les moines étaient privés du droit de tester. — En France, ils étaient considérés comme morts civilement. 528. — Il n'existe plus aujourd'hui d'incapacité légale contre les ecclésiastiques ni contre les religieux *ut singuli*, à quelque congrégation qu'ils appartiennent. 528, 229, 530, 664, 665.

Congrégations religieuses. Voyez *Corps moraux*.

Créancier. Le créancier du *de cujus* ne peut ni demander ni le rapport ni en profiter. II, 912, 913. — Les créanciers du donataire ne pourraient accepter la donation. III, 1100. — Les créanciers du donateur peuvent opposer le défaut de transcription, quels que soient leurs titres et la date de ces titres. 1183, 1184. — Différence entre les acquéreurs et créanciers du donateur d'une part, et les ayant cause de celui qui est chargé de faire faire la transcription d'autre part. 1185 à 1188. — Les créanciers du donateur peuvent exercer le droit de celui-ci dans le cas de donation d'effets mobiliers non accompagnée d'état estimatif. 1236, 1237. — De la révocation des donations entre-vifs pour fraude faite aux créanciers. 1286. — Les créanciers d'un légataire particulier pourraient-ils accepter pour lui ? IV, 1885, 1886. — Du droit des créanciers de la succession contre les légataires universels, à titre universel ou à titre particulier. Voyez *Dettes et charges*. Les créanciers du légataire peuvent être admis à accepter la libéralité à laquelle il a renoncé. 2159. — Les créanciers du donateur sont non recevables à demander la nullité de la donation déguisée contrevenant aux art. 1094 et 1098. 2747.

D.

Déguisement. Une donation entre-vifs ou testamentaire peut être dégui-

sée de deux manières : ou par interposition de personne ou par contrat simulé. II, 700.

§ 1er. Du déguisement par interposition de personne. Voy. *Interposition*.

§ 2. Du déguisement des donations par contrat simulé.

Principes du droit romain adoptés par le Code 727, 894, 895. — La preuve incombe au demandeur en nullité. 719.

Des reconnaissances de dettes employées comme moyen de fraude. 728. — Sont valables les donations faites sous la forme de contrat onéreux, à des personnes capables de recevoir. II, 730. III, 1082.

Des aliénations à la charge de rentes viagères, ou à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit faites en faveur d'un successible en ligne directe. (Art. 918, Code Napoléon.) Voy. *Rapports*.

Des donations déguisées entre époux. Motifs qui en ont fait prononcer la nullité. IV, 2839 à 2741. — De la distinction des donations indirectes et des donations déguisées pour l'application de l'art. 1099 du Code. 2742, 2743. — La nullité n'atteint la donation que lorsque l'avantage dissimulé est excessif. 1744. — Qui peut invoquer la nullité ? 2745 à 751. — Les créanciers du donateur peuvent l'invoquer. 2747.

Délivrance de legs. § 1er. *Quand la délivrance doit-elle être demandée ?* Le légataire universel est tenu de demander la délivrance lorsqu'il y a des réservataires. IV, 1791, 1792. — Procédure. 1798. *Quid*, lorsque le testament est mystique, ou olographe ? 1816 à 1821. — Le légataire universel est tenu de se faire envoyer en possession par le juge, lorsque, le testament étant mystique ou olographe, il n'y a point de réservataire. 1822 à 1825. — De l'opposition des héritiers *ab intestat* à cet envoi. 1826. — Du droit et du devoir du juge. 1827 à 1843. — Des mesures conservatoires que peut prendre l'héritier.

§ 2. *Effets* de la demande en délivrance, quant à la jouissance des biens au profit du légataire universel. Voy. *Legs universel*.

§ 3. *Des actions* qui compètent aux légataires contre les héritiers du testateur ou autres débiteurs d'un legs. — *Quid*, en droit romain ? 1793. — Des actions personnelle, réelle, et hypothécaire, accordées par le Code. 1794. — *De l'action personnelle* à laquelle sont soumis les débiteurs du legs. 1921. — Cas dans lequel les héritiers sont tenus *in solidum*. 1922, 1923. — *Quid*, lorsque, par l'effet du partage, un corps certain légué est tombé au lot de l'un des héritiers ? 1924. — *Quid*, lorsque la chose léguée a péri par le fait ou la faute d'un des héritiers ? 1925. — *De l'action réelle*. Le légataire a l'action en revendication. 1926. *De l'action hypothécaire*. 1927. — Motif qui a fait introduire cette action. 1920. — Peut-elle être exercée solidairement contre chacun des cohéritiers ? IV, 1795. — S'étend-elle aux biens propres de l'héritier ? 1796. — Le légataire universel qui demande la délivrance peut-il procéder *de plano* par voie de saisie et exécution ? 1797.

Séparation des patrimoines. Droit de la demander contre les débiteurs du legs. 1829.

§ 4. *Comment* doit être faite la délivrance. 1930. — Des accessoires de la chose léguée. 1931, 1932. — De l'étendue d'un legs de meubles. 1933. — C'est dans l'état où se trouve la chose au moment du décès qu'elle doit être livrée. — Conséquences quant aux détériorations. 1984. — *Quid* dans les cas de legs d'un troupeau ? 1935.

Des augmentations qui ont été faites par le testateur postérieurement au testament. Que doit-on considérer comme augmentation ? 1936 à 1941. — *Quid*, lorsque avant le testament ou depuis, la chose léguée a

été hypothéquée par le testateur? 1942 à 1944; — ou grevée d'un usufruit, 1945; — ou d'une servitude. 1946. — Du legs de la chose d'autrui, 1947, 1848. — Du legs de la chose commune. 1849 à 1951. — Effets du partage sur le legs de la chose commune. 1952, 1953.

Du legs d'une chose indéterminée. 1954. — Du droit romain. 1955 à 1957. — Le choix appartient-il à l'héritier? 1857. — Il ne peut offrir une chose de la plus mauvaise qualité, ni être forcé à en donner une de la meilleure. IV, 1958. — Cas où le legs deviendrait un legs d'option. 1959. — *Du legs d'option.* 1960 à 1975. — Du délai dans lequel doit s'exercer l'option. — *Quid,* en cas de désaccord entre les ayants droit du légataire? 1799.

Du legs fait par le testateur à son créancier, ou à *son domestique.* — Il n'est point présumé fait en compensation, 1970, — même dans le cas où le testateur était déjà débiteur du légataire. 1971, 1972. — De la reconnaissance de la dette. 1973.

Du legs de libération. — Caractère de ce legs. — Ses effets. — Il ne constitue pas un fidéicommis, I, 138 à 140. — L'héritier ne peut, *pendente conditione,* exiger la somme dont la libération a été léguée au débiteur conditionnellement. 142, 143, 147. — De son étendue. 1974. — Hypothèses. 1975, 1976, 1977. — Il ne porte point sur les dettes postérieures au testament. 1978. — *Quid,* si le légataire ignorant la libération qui lui est faite, payait la dette à l'héritier? 1979. — *Quid,* s'il avait payé du vivant du testateur? 1980. — La novation de la dette n'empêche pas le legs de libération de produire son effet. 1981.

Démonstration. Du legs démonstratif. I, 369 à 479. Voy. *Conditions.*

Dettes et charges. § 1er. Des dettes et charges des successions. IV, 1825.

1° *Du légataire universel.* Il est tenu *ultra vires.* 1836. — *Quid* lorsque le légataire est en concours avec un réservataire? — Distinction à faire. 1837-1838. — Que comporte l'action directe? Dans quelle mesure ce légataire en est-il tenu? 1839. Du cas où il est en concours avec un réservataire. 1040. — De l'action hypothécaire à laquelle il est assujetti. 1841. — Du payement des legs. Comment le légataire universel en est-il tenu? 1842, 1843. — De l'application de la loi Falcidie en droit romain. 1844. — Elle n'a point été adoptée par le Code. 1845.

2° *Du légataire à titre universel.* De son assimilation au légataire universel pour le payement des dettes. 1857. — Du partage des dettes entre les héritiers ou colégataires et le légataire à titre universel. Règle différente de celle qui est suivie à l'égard des créanciers. — *Quid,* lorsque le legs à titre universel est d'une espèce de biens? 1859, Comment contribue le légataire de l'universalité de l'usufruit? 1860. 1861. — De l'action hypothécaire. 1862. — Le payement des legs particuliers est une charge de la succession. Le légataire à titre universel doit contribuer, 1863, — même lorsqu'il concourt avec un héritier naturel, 1864, — à moins que le testateur n'ait manifesté une intention contraire. Exemples IV, 1865 à 1867. — Conséquences de ces solutions quant au profit des caducités. 1868.

3° *Du légataire à titre particulier.* Il n'est pas tenu des dettes lorsque la succession est solvable. 1982. — Il est obligé de subir une réduction s'il y a lieu de parfaire les légitimes. 1983. — Il doit supporter les charges résultant de la nature même de la disposition. 1984. *Quid,* en cas d'insolvabilité de la succession? 1985 à 1987. — De l'action hypothécaire à laquelle peut être soumis le légataire particulier. 1988, 1989.

Des reconnaissances de dettes con-

tenues dans un testament. — Sont-elles révocables? IV, 2054 à 2061. — *Quid* de la déclaration par testament qu'une dette a été payée. 2062, 2063.

§ 2. Des dettes en matière de *donation entre-vifs*. De la condition d'acquitter des dettes imposée au donataire; V. *Donation entre-vifs*, § 7.

Dans le cas de partage d'ascendant; Voy. *Partage d'ascendant*.

Dans le cas d'*institution contractuelle*; IV, 2365.

Dans les cas de donation de *biens présents et à venir* par contrat de mariage. IV, 2042 à 2046 et 2412 à 2427. *Quid*, de la condition imposée dans ce contrat de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur? 2448 à 2452.

DONATION A CAUSE DE MORT. Ses rapports avec le testament. Exemples. Transformation de la donation à cause de mort. I, 36, 37. — Pourquoi elle se perpétua dans les pays de droit écrit. 38. Pourquoi il en fut différemment dans les pays coutumiers. 39. — Le Code a suivi l'exemple du droit coutumier. 40. — *Quid* d'une disposition où le donateur plein de vie, mais en présence d'un danger de mort, met le donataire en possession de la chose, et pactise avec ce dernier qui accepte? Caractère d'une telle disposition. 41 à 44.

De la disposition qu'on appelait à Rome *mortis causa capio*. 50.

DONATIONS ANTÉNUPTIALES. Différence entre les donations anténuptiales dont s'occupe le Code et les donations *propter nuptias*.

Le Code distingue les donations faites dans le contrat de mariage par des tiers aux époux et aux enfants à naître et les donations entre époux. IV 2340. Elles ne peuvent être attaquées pour défaut d'acceptation expresse. 2469. — *Secus* des donations faites en dehors du contrat de mariage quoique en faveur du mariage. 2470.

§ 1er. Des donations anténuptiales faites par des tiers.

1° Des donations de biens présents. Elles sont régies par les règles ordinaires des donations et ne peuvent se faire au profit des enfants à naître. 2341. — Exceptions admises par le Code. 2342.—Cette donation donne lieu à la garantie. 2342.

2° Des donations de successions ou institutions contractuelles. Voy. *Institutions contractuelles*.

§ 2. Des donations entre époux. Voy. *Donation entre époux*.

DONATION ENTRE-VIFS. § 1er. Observations générales sur la bienfaisance. I, 1 à 5. — Caractère particulier de la donation. 6. — En quoi elle diffère du testament. 7, 8. — La donation est du droit naturel.—Réfutation de l'opinion contraire. 9, 10, 11. — Motifs qui justifient la réunion dans un même titre du testament et de la donation. 33. — Coup d'œil sur l'ancienne législalation. 34 à 44.

Définition de la donation entre-vifs, d'après l'art. 894 du Code Napoléon. 51, 56. — Pourquoi elle est qualifiée *entre-vifs*. 52 à 55.— La donation est un contrat.—Controverses des auteurs. 57 à 61. — Est-elle un contrat synallagmatique? — Distinction. 62, 63. — Le donataire peut-il répudier après avoir accepté? 64 à 70. — Sens des mots *se dépouille* employés par l'article 894. 71. — Portée du mot *actuellement*. — Explication de la maxime *donner et retenir ne vaut*. 72, 73. — Ce qu'il faut entendre par le mot *irrévocablement*. 64, 77. — Conséquence de la règle d'irrévocabilité. 78. — Explication des mots au *profit de*.—Conséquences dans les cas où des obligations sont imposées au donataire. I, 79, 80. — De l'acceptation de la donation: Voy. *Acceptation*.

§ 2. Des formes de la donation entre-vifs. — Conséquence de leur inobservation; quoique de droit naturel la donation emprunte au droit civil ses formes essentielles. III, 1036. — Des formes de la donation en droit romain. 1037. — De l'état de la jurisprudence, en France, avant l'ordonnance de 1731. — Effet de cette ordonnance. 1038. 1039. — L'art. 931 reproduit la disposition de cette ordonnance. 1040. — Les règles prescrites sur la forme des donations sont de rigueur. 1067. — *Quid* à l'égard des dons manuels ? Voy. *Dons manuels*. — *Quid* des donations de créances, tels que titres de rentes, actions, billets, etc. ? 1057 à 1062. — Une donation sous seing privé déposée chez un notaire, enregistrée et transcrite aux hypothèques, serait sans valeur, 1063; — le donateur pourrait la faire annuler même après ratification et exécution. 1063. — *Quid* des héritiers et ayants cause du donateur? 1065 à 1067. — Le donateur, après la délivrance des meubles, pourrait-il invoquer le défaut de l'état estimatif exigé par l'art. 948 du Code. 1068.—*Quid*, des donations avec charge ? — Distinction à faire. 1069 à 1072. — *Quid*, en matière de donation rémunératoire ? 1073, 1074, 1075.— Des remises de dettes. 1076 à 1078. — La rénonciation à une prescription acquise est exempte des formalités de la donation. III, 1079. — Il en est de même du cautionnement d'une dette. 1080; — ainsi que des libéralités indirectes stipulées comme charge d'un contrat principal. 1081. *Quid* de la donation d'une chose disponible faite à un donataire capable sous forme de contrat onéreux? 1082. — La procuration en matière de donation doit être authentique. 1084. — *Sic* de l'autorisation donnée à la femme par le mari. 1085. — Durée de l'action en nullité pour vice de forme. 1086.

§ 3. De l'acceptation des donations. Voy. *Acceptation*.

§ 4. Effets de la donation. — La donation régulièrement faite et dûment acceptée, transfère la propriété sans qu'il soit besoin de tradition. 1140. — *Quid*, dans l'ancien droit écrit? 1141. — Dans les pays de coutume? 1142, 1143. — Le Code érige en loi la disposition de la loi romaine. 1144, 1145. — Une seule exception à ce principe en ce qui concerne les donations d'effets mobiliers. 1146. Voy. *Donation d'effets mobiliers*.

§ 4. De la transcription. — Nécessité de la transcription dans les donations de biens susceptibles d'hypothèques. Voy. *Transcription*.

§ 5. Formalités spéciales aux donations d'effets mobiliers. Voy. *Donation d'effets mobiliers*.

§ 6. Quels biens peut comprendre la donation?

Elle ne peut comprendre que les biens présents du donateur. III, 1193. — De la donation des biens présents et à venir en droit romain. 1194. — Dans les pays coutumiers. — Ordonnance de 1731, 1195, 1196. — La nullité ne porte que sur les biens à venir. 1197.— Ce qu'il faut entendre par *biens à venir*.—Exemple. 1199 à 1204.— Les donations par contrat de mariage ne sont pas soumises à cette règle. 1198. — Voy. *Donation anténuptiale*.

§ 7. De certaines conditions qui rendent nulles les donations entre-vifs autres que celles mentionnées aux chapitres VIII et IX du titre des donations.

De la condition potestative de la part du donateur. 1206, 1207.

Des conditions relatives au payement des dettes. 1208 à 1221.

Des conditions impossibles ou contraires aux lois ou aux mœurs. Voy. *Conditions*.

De la réserve faite par le donateur de disposer d'un effet compris dans la donation ou d'une somme fixe sur les biens donnés.—A qui appar-

tient l'effet ou la somme si le donateur meurt sans en avoir disposé? 1222 à 1224. — *Quid*, s'il s'agissait d'une réserve éventuelle qui regardât un tiers et qui par l'événement ne pourrait plus avoir lieu? 1225, 1226.

De la réserve de la jouissance ou de l'usufruit des biens donnés soit au profit du donateur, soit au profit d'un tiers. 1254, 1255. — Le donateur qui s'est réservé l'usufruit n'est pas astreint à donner caution. 1256. — Serait-il tenu de faire dresser un état des immeubles réservés? 1257. — *Quid* de la réserve de jouissance dans les donations d'effets mobiliers? Voyez *Donation d'effets mobiliers*.

De la stipulation du droit de retour. Voyez *Droit de retour*.

§ 8. De la révocation des donations. Voyez *Révocation*.

§ 9. Des donations anténuptiales et des donations entre époux pendant le mariage. Voyez à ces mots.

Donations entre époux. Pourquoi le Code ne s'occupe pas des donations faites par les tiers aux époux pendant le mariage. IV, 2515. — Du droit romain en ce qui concerne les donations anténuptiales et du droit coutumier en ce qui concerne le douaire, les gains de survie et autres avantages légaux. 2516. — Division du sujet. 2517.

§ 1. *Des donations par contrat de mariage*. Liberté dont jouissent les époux pour se donner par ce contrat. — Le droit romain et le droit coutumier. 2518 à 2520. — Système du Code. 2521. — La réciprocité ne détruit pas le caractère de libéralité. — Conséquences. 2522, 2523, 2524. — Conditions que les donations entre futurs admettent. — De la révocation pour survenance d'enfants. — De l'action révocatoire des créanciers frustrés. 2525. — Influence de la faillite du mari sur les gains de la femme, 2526.

De la capacité du mineur pour donner par contrat de mariage. Voy. *Mineurs*.

1° De la donation des biens présents entre futurs époux. 2527. — Elle n'est point révocable par survenance d'enfants. 2528. — Elle n'est pas résolue par le prédécès du donataire. — De la condition de survie qui peut y être ajoutée et de ses effets suivant qu'elle est suspensive ou résolutoire. 2559 à 2535. — La condition de survie est censée accomplie quand le donataire est tué par le donateur. 2536.

2° De la donation de biens à venir ou de biens présents et à venir.

Les futurs peuvent se faire don de leurs successions. IV, 2537. — Les institutions contractuelles et donations universelles qu'ils se font sont soumises aux dispositions des articles 1082 à 1085, sauf qu'elles ne sont pas transmissibles aux enfants du mariage. 2538, 2539. — Dans la donation cumulative, les biens présents eux-mêmes ne passent pas aux enfants du donataire prédécédé. 2540. — De la donation faite sous des conditions potestatives. 2541. — La donation des biens à venir est éventuelle jusqu'à la mort du donateur. — Elle s'ouvre alors sans rétroactivité. — Conséquences. 2542. — Il en est de même de l'institution contractuelle. 2543. — De la donation des biens présents et à venir. — De l'hypothèque légale de la femme donataire. 2544. — De la donation d'une somme à prendre en cas de survie. 2545. — De la renonciation anticipée aux gains de survie entre époux sur des biens à venir. 2546 à 2551. — De la renonciation aux donations de biens présents faites sous des conditions potestatives. 2552.

3° De la quotité disponible spéciale au conjoint. Voy. *Quotité disponible*.

Des libéralités qui lui sont permises lorsqu'il existe des enfants d'un précédent mariage. Voy. *Quot. disp.*

§ 2. *Des donations entre époux pendant le mariage*. Objet et motifs de l'article 1096. IV. 2632. —

Droit romain. 2633 à 2635.— Droit des pays de droit écrit. 2636. — Pays coutumiers. 2637.— Droit intermédiaire. 2638.— Droit actuel. 2639. — De la donation entre gens mariés.—Elle n'est ni une donation entre-vifs, à proprement parler, ni une donation à cause de mort. — Anomalies qui en résultent. — Exemples. 2640. — La donation entre époux confirmée par le silence du donateur jusqu'au décès a-t-elle un effet rétroactif? — *Quid* pour la donation de biens présents? 2641, 2642. — Pour la donation de biens à venir? 2643.— La donation entre époux a donc une nature mixte. 2644.

De la capacité requise de l'époux qui donne à son conjoint. — Du mineur, 2645. — De la femme mariée. 2649, 2647. — De l'époux condamné à une peine afflictive perpétuelle. 2648.— A quelle époque faut-il rechercher la capacité de l'époux donateur? 2649.—Et celle de l'époux donataire? 2650.

De la forme de ces donations entre conjoints. — *Quid*, s'il s'agit de biens présents? 2651.— La transcription est-elle nécessaire pour les immeubles? 2652. — *Quid*, s'il s'agit de biens à venir? 2653 à 2655.

Des effets de la donation entre époux quand elle a pour objet des biens présents. 2656. 2657. — Dans quel ordre la donation entre époux est-elle réductible? 2658.—Le prédécès du donataire rend-il la donation caduque? 5659.—*Quid*, quand elle a pour objet des biens à venir? 2660. — De la réduction. 2661. — De la caducité par le prédécès du donataire. IV. 2662.

De la révocabilité des donations entre époux. — Les époux ne peuvent s'interdire ni de révoquer leurs donations, ni de se faire des donations.—Conséquences. 2663, 2680 — La femme peut révoquer sans autorisation. 2664.—En quelle forme la révocation peut se manifester? 2665.— De la déclaration que l'on révoque tout testament antérieur. 2666.— De la révocation tacite. — De l'aliénation du bien donné. 2667. — De l'hypothèque consentie par le donateur. 2668. 5669. — *Quid*, d'une dette contractée ou d'une condamnation civile subie? 2670. — Dans le doute, il faut maintenir la donation. 2671. —Le droit de révoquer est personnel au donateur. — Conséquence. 2672, 2673.— La révocation a des effets absolus contre les ayants cause du donataire. 2674. — Que doit restituer le donataire en cas de révocation? 2675.

Causes de révocabilité. — L'inexécution des conditions, — l'ingratitude, — mais non la survenance d'enfants. 2676.

L'article 1096 s'applique aux donations indirectes 2677. — *Quid* de la répudiation par le mari d'une hérédité dévolue en second degré à sa femme? 2678. — Une promesse que le donateur n'a pas exécutée avant de mourir, est-elle valable par cela seul qu'il ne l'a pas révoquée? 2679.

Dispositions interdites aux époux pendant le mariage. Voy. *Donation mutuelle.*

§ 3. Règles communes aux donations faites entre époux soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage.

1° Des avantages permis au cas où l'un des conjoints se remarie ayant des enfants d'un 1er lit. (Art. 1098 du Code)

Voy. *Quotité disponible*, § 4.

2° Nullité de toute donation déguisée ou faite à personne interposée. Voy. *Déguisement. Interposition.*

Donations mutuelles. — Définition et caractère de ces sortes de donations d'après les anciens auteurs. III, 1392. — L'ordonnance de 1731 les regardait comme des donations véritables. — Et le Code les a soumises aux règles des donations ordinaires. 1393. — Différence entre la donation mutuelle et la donation

avec charges. 1394. — Lorsqu'il survient des enfants à l'un des donateurs, la double donation est révoquée. 1395.

Du don mutuel entre époux. — Les époux ne peuvent pendant le mariage se faire des dons mutuels entre-vifs ou testamentaires par un même acte. IV, 2681. — Ils le peuvent par actes séparés. 2692. — Validité de la donation mutuelle faite entre époux pendant le mariage, avant le Code. 2693. — Y a-t-il donation mutuelle dans l'achat avec des valeurs de la communauté d'un rente viagère réversible sur la tête du survivant des époux? 2694. — Les parents qui font entre leurs enfants et dans un même acte le partage de leurs biens, peuvent-ils se réserver l'usufruit de tous ces biens au profit du survivant d'entre eux? 2695. — Les donations mutuelles sont soumises à la réduction. II, 959.—Sont-elles révocables pour cause d'ingratitude? III, 1319.

Donation d'effets mobiliers. Importance de l'art. 948 qui impose pour les donations d'effets mobiliers, outre les formalités ordinaires, un état estimatif signé des parties et annexé à la minute. III, 1229, 1231, 1235. — Cet article n'est point applicable aux donations de meubles qui se font avec tradition présente, 1230, — ni à celles qui n'ont pas trait à des meubles présents. 1232. — Est-il applicable aux donations d'universalité de meubles? 1253.— *Quid*, si la description des meubles existe dans le corps même de la donation? 1233. — *Quid*, lorsque la tradition a lieu au moment de l'acte? 1234. — Le donateur qui aurait fait la tradition sans état estimatif, pourrait réclamer les effets. 1235. — Ses créanciers, même postérieurs à la donation, auraient le même droit. 1236, 1237. — Durée de l'action en nullité. 1238. — De la nécessité et de la forme de l'état estimatif et de l'estimation. 1239 à 1242. — *Quid*, de la donation de choses incorporelles telles que rentes, créances et autres comprises dans les art. 529 et 530 du C. N.? 1244 à 1249. — La donation d'effets mobiliers faite par contrat de mariage n'est point dispensée de l'état estimatif. 1250, — non plus que les donations entre époux. 1251. — Il est permis au donateur de faire la réserve à son profit ou de disposer au profit d'un tiers de la jouissance des biens donnés. 1254, 1255. — Est-il astreint à fournir caution? 1256. — Qui doit supporter la perte des effets mobiliers décrits dans l'état estimatif? 1258 à 1260.

Don manuel. — Le don manuel est-il soumis pour la forme aux règles des donations entre-vifs? Non, d'après l'ordonnance de 1731. III, 1039. — Il en est de même sous le Code. 1040, 1041. — On peut donner ainsi toute espèce d'objets mobiliers. 1056. — Peu importe la valeur de ces dons. — Rapprochement entre les dons manuels et le dépôt. 1042, 1043. — De l'indivisibilité de la déclaration du possesseur attaqué comme dépositaire et qui se prétend donataire pur et simple. 1044 à 1050. — *Quid*, si le possesseur était attaqué comme mandataire? 1051. — *Quid*, dans le cas où le don manuel a été fait à un tiers par une sorte de fidéicommis? 1052. — Le don manuel perd son efficacité lorsqu'il dégénère en une donation à cause de mort. 1053. — Le don manuel d'un manuscrit, lorsque le droit de publier est différé après la mort du donateur, doit-il être réputé fait à cause de mort? 1053 à 1055. — *Quid*, quant aux donations de créances, telles que titres de rente, billets, etc.? Voy. *Donation*, § 2.

Donation rémunératoire. — La donation rémunératoire est-elle astreinte aux formalités ordinaires des donations? III, 1073, 1074. — Une donation faite pour l'accomplissement d'une obligation naturelle peut

être assimilée aux donations rémunératoires pour services appréciables. 1075. — Du legs rémunératoire universel fait aux personnes incapables désignées dans l'art. 900. II 637 à 639. — Quand la donation rémunératoire peut-elle donner lieu à réduction? 896, 897, 859. — Est-elle sujette à révocation pour cause d'ingratitude? III, 1318.

Droit de retour conventionnel. — Le droit de retour stipulé par le donateur dans le cas prévu par l'article 951, n'est pas contraire à l'irrévocabilité des donations entre-vifs. III, 1261. — Différence entre le retour et la substitution. 1262. — Du droit de retour stipulé au profit des héritiers dans l'ancienne jurisprudence. 1263 à 1265. — Le Code l'a prohibé comme une véritable substitution. 1266. — Si ce droit a été stipulé par le donateur et ses héritiers, la disposition sera-t-elle nulle pour le tout? 1267. — *Quid*, s'il a été réservé par le donateur au profit d'un tiers seul sans parler de lui donateur? 1268. — *Quid*, si la stipulation n'est point faite directement et exclusivement pour un tiers, mais pour le donateur et pour un tiers non héritier? 1269. — Mais le droit de retour peut être valablement subordonné à toute autre condition qu'à celle du prédécès du donataire sans constituer une contravention à l'art. 951. 1270. — *Quid*, de la mort civile? — L'adoption faite par le donataire serait-elle l'équipollent de la naissance pour empêcher l'exercice du droit de retour? 1273. — *Quid*, de la reconnaissance d'un enfant naturel? 1274. — *Quid*, si le donataire étant mort laisse des enfants qui décèdent eux-mêmes avant le donateur? III, 1275. — Le droit de retour ne se présume pas. 1276.

Effet du droit de retour conventionnel.

La condition du prédécès du donataire, à laquelle est soumis le droit de retour, est une condition résolutoire et en produit tous les effets. 1279. — Exception dans le cas où la donation ayant été faite au mari par contrat de mariage, la femme a pris hypothèque légale sur les biens de son mari. 1280. — Etendue du droit de la femme en ce cas. 1281, 1282, 1283.

E.

Enfants a naitre. L'enfant doit être conçu au moment de la donation entre-vifs pour être capable de recevoir. — Il suffit d'être conçu au moment de la mort du testateur pour recevoir par testament. II, 599, 600. — Sens de ces mots de l'art. 906 *au moment de la donation*. Est-ce le moment de la rédaction de l'acte ou celui de l'acceptation? 616, 617. — La libéralité reste sans effet si l'enfant ne naît point viable. Condition nécessaires pour qu'il soit regardé comme né viable. 601 à 605. — Comment calculera-t-on si l'enfant né viable était ou non conçu lors de la donation ou au moment du décès du testateur? 606. — Le disposant peut-il gratifier par forme de condition un enfant à naître après son décès? 607 à 611. — Un legs fait à un tiers à la charge d'en faire profiter une personne non encore conçue au moment du décès du testateur. 614, 615.

Des dispositions permises par les art. 1048 et 1049 du Code avec charge de rendre aux enfants nés ou à naître du donataire. Voy. *Substitution officieuse*.

Enfants naturels. § 1er. *De leur incapacité* de rien recevoir par donation entre-vifs ou testamentaire au delà de ce qui leur est accordé au titre des successions.

Variation du droit relativement à la capacité des enfants naturels. II, 627. — L'incapacité de l'art. 908 n'est relative qu'aux père et mère de l'enfant naturel reconnu. 628. — Les enfants naturels adultérins et incestueux ne peuvent recevoir que

des aliments. 629. — Jurisprudence de la Cour de cassation au sujet de la constatation de l'adultérinité. 630. — L'incapacité n'existe point vis-à-vis des parents des père et mère de l'enfant naturel. 632. — Il en est de même du bâtard adultérin. 633. — De la réduction des libéralités excessives. Par qui peut-elle être demandée? 634.

§ 2. *Des droits des enfants naturels* reconnus, dans les successions de leurs père et mère.

Leur réserve n'est point une dévolution de droits héréditaires, mais une espèce de créance *réelle* sur la succession. Ils n'ont point la saisine. 771. — Conséquences. 772, 773. — Diverses hypothèses de concours des enfants naturels avec les héritiers légitimes. 774 à 779. — Faculté donnée au père de réduire, de son vivant, le doit de l'enfant naturel. 780. — Les collatéraux ont-ils une réserve à l'égard de l'enfant naturel? 844. — La naissance des enfants naturels, même reconnus, n'a aucune influence sur les donations antérieures. III. 1372.

§ 3. *Des droits des ascendants sur la succession des enfants naturels reconnus.*

Quid du droit de l'aïeul? II, 811. — Le père a-t-il une réserve? 817.

Estimation. De l'estimation de la valeur des masses active et passive de la succession pour fixer la quotité disponible. De l'estimation des améliorations et détériorations des immeubles, survenues depuis la donation. Voy. *Réduction.* De l'estimation d'un usufruit donné et sujet à réunion fictive. Voy. *Usufruit.* De l'état estimatif qui doit être joint aux donations d'effets mobiliers. Voy. *Donation d'effets mobiliers.* Estimation à faire dans le cas de la substitution officieuse. IV, 2266.

Etablissements publics. Voy. *Corps moraux.*

Etrangers. Du droit des étrangers de disposer à titre gratuit. Ce qu'il était à Rome. Ce qu'il était autrefois en France. Du droit de réciprocité admis par le Code. Loi du 14 juillet 1819. II, 526.— Dans quelle forme doit être fait le testament d'un étranger en France? 527.

De la capacité passive des étrangers. 731.

De l'incapacité des étrangers à Rome. Du droit d'aubaine en France. 732. — Du système de réciprocité admis par le Code et abrogé par la loi du 14 juillet 1819. 733, 734, 735. — La capacité personnelle du légataire se juge par la loi de son pays; mais les jugements rendus en pays étranger n'auraient aucune influence pour le frapper d'incapacité. 736.

Exécuteurs testamentaires. — Des exécuteurs testamentaires dans l'ancien droit. IV, 1990; — Sous le Code. 1991.— Singularité du mandat qui leur est donné. 1992.

De la saisine de l'exécuteur testamentaire dans l'ancien droit. 1994. — De la saisine du mobilier autorisée par le Code. 1995, 1996.— Des fonctions de l'exécuteur testamentaire lorsqu'il n'a point la saisine. 1977, 1998. — Durée légale de la saisine. 1909. — Le testateur ne peut point prolonger cette durée. 2000. — Sur quels meubles porte la saisine. 2001. — Du recouvrement des dettes actives. 2002. — Du payement des legs mobiliers. 2003. — Du payement des dettes. 2004. — Les créanciers de la succession qui veulent obtenir leur payement devront-ils assigner l'héritier en même temps que l'exécuteur testamentaire? 2005. — L'héritier peut faire cesser le mandat de l'exécuteur testamentaire. — A quelles conditions? 2006.

De la capacité requise pour être exécuteur testamentaire. — Les femmes peuvent accepter ces fonctions. 2009. — *Quid* de la femme mariée? — Distinction. 2014, 2015. — Le mari qui a autorisé est-il personnellement responsable? 2016. —Le mineur ne peut accepter même

avec l'autorisation de son tuteur. 2017. — Quel serait le sort d'un legs fait au mineur en considération de l'exécution testamentaire qui lui est déférée? 2018. — Les incapacités relatives de recevoir n'empêchent pas d'être exécuteur testamentaire. — *Sic*, le médecin, l'enfant naturel, etc. 2010. — Les héritiers et légataires peuvent accepter ce mandat. 2011.—Le tuteur aussi. 2012. — *Quid* de la capacité d'une personne insolvable? 2013.

Fonctions de l'exécuteur testamentaire, — Des prérogatives que lui donne le Code. IV, 2019.—De l'apposition des scellés. 2020, 2021. — De l'inventaire. 2022, 2023. — Vente du mobilier. 2024. — L'exécuteur testamentaire doit veiller à l'exécution du testament. 2025. — Peut-il faire vendre les immeubles? 2026. — Des distributions de biens autorisées dans l'ancien droit. 2027. — Du compte de sa gestion. 2028 à 2031. — Il ne peut prétendre à aucun salaire. 2032. — Des intérêts qu'il doit ou qui lui sont dus. 2033. — Caractère de l'action à laquelle il est soumis. 2034. — L'exécuteur ne peut se substituer un remplaçant. 2038. — *Quid*, s'il vient à décéder avant la fin de son mandat? 2035 à 2037. — Des cas où plusieurs exécuteurs testamentaires ont été nommés. 2039. — Chacun peut agir individuellement au défaut des autres. 2040. — De la responsabilité des exécuteurs testamentaires. 2041. — Y a-t-il solidarité? 2042. — *Quid*, lorsque quelques-uns des exécuteurs nommés refusent? 2043.

Des frais faits pour l'exécution du mandat. 2044.

Exhérédation. De l'exhérédation dans l'ancien droit. — *Quid*, sous le Code? Voy. *Réserve*.

F.

Fabriques. Voy. *Corps moraux*.

Faculté d'élire. De la faculté d'élire dans ses analogies avec la substitution prohibée. I, 154. — La faculté d'élire contenue dans un acte de libéralité est-elle valable? — Elle se lie à la question d'incertitude des personnes.—Exemples. II, 548 à 555.

Faillite. L'enfant qui a fait faillite et concordé doit-il rapporter à la succession la créance telle qu'elle a été réduite par le concordat ou en totalité?—Distinction. II. 961, 962, 963. — La transcription pourrait-elle avoir lieu valablement dans les dix jours qui précèdent la faillite du donateur? III, 1158 à 1162.

Femme mariée. De la faculté de donner, dans la femme mariée et majeure. — Coup d'œil historique sur la capacité de la femme, en droit romain. II, 592.—Du droit coutumier. 593. — Le Code Napoléon exige l'autorisation spéciale du mari pour les dispositions entre-vifs. 443, 533, 594-598.— Peut-elle, du consentement du mari donner des effets de la communauté? 596.—Elle peut tester sans cette autorisation. 595. — Qui peut opposer le défaut d'autorisation maritale? 597.

De la capacité de la femme mariée pour recevoir par donation entre-vifs. — Nécessité de l'autorisation maritale. — Conséquences. Voyez *Acceptation*.

Femme veuve. De son incapacité passive, en droit romain, de recevoir une libéralité testamentaire. — Veuve qui se remariait ou malversait dans l'an de deuil.—Différence de législation en France. — Capacité de la femme sous le Code. II, 563, IV, 2200.

Fidéicommis. Voy. *Substitution*.

Frères de la doctrine chrétienne. Voy. *Corps moraux*.

Fruits. Des formalités à suivre par les communes, les hospices et autres établissements légalement autorisés pour faire courir les fruits des choses léguées. II. 667 à 979.—Quels fruits entrent dans la masse à établir pour la fixation de la quotité

disponible. 954. — Des fruits que le donataire doit restituer par suite de la réduction de la donation. 1018 à 1022. — Des droits du légataire universel quant aux fruits. IV, 1799 à 1803. — De ceux du légataire à titre universel. 1835, 1836. — *Quid*, quant au légataire particulier? — Voy. *Legs particulier*. — Des intérêts du reliquat du compte de l'exécuteur testamentaire. 2033.

H.

Héritiers. Coup d'œil sur les principes du droit romain en matière d'hérédité. Voy. *Saisine*.

Des institutions d'héritiers et des legs en général. Voy. *Institutions d'héritiers*.

Hospices. Voy. *Corps moraux*.

Hypothèque. Dans le cas de donation faite au mari par contrat de mariage, si les biens rentrent dans les mains du donateur en vertu de la stipulation du droit de retour, l'hypothèque de la femme ne s'évanouit point. III, 1280 à 1283. — La révocation pour cause d'ingratitude affranchit-elle les biens qui avaient été donnés des hypothèques constituées par le donataire? 1347. — De l'action hypothécaire qui compète au légataire pour obtenir la délivrance du legs universel. 1793, 1794. — Cette action doit-elle être exercée solidairement contre les héritiers? 1795. — L'hypothèque s'étend-elle aux biens propres de l'héritier? 1796. — L'exercice de l'action hypothécaire contre les tiers ne profite pas au légataire pour les fruits; il doit agir comme l'héritier. 1802. — De l'action hypothécaire à laquelle le légataire universel est soumis pour le payement des dettes et charges. 1841. — De l'action hypothécaire accordée au légataire particulier. — Motif 1927 à 1929. — De l'action hypothécaire à laquelle peut être soumis le légataire particulier pour le payement des dettes. 1988, 1989. — Dans le cas de caducité prévu par l'art. 1089 la femme du donataire conserve-t-elle une hypothèque subsidiaire pour sa dot? 2496. — L'hypothèque, consentie par le testateur sur l'objet légué, n'est point considérée comme une aliénation révocatoire. 2101. — De celle consentie par l'époux donateur sur le bien donné à son conjoint. 2668 à 2670. — L'hypothèque légale de la femme peut-elle empêcher le mari d'user du bénéfice du droit commun, en ce qui concerne les biens formant l'objet d'une institution contractuelle faite par le mari à sa femme. 2543. — *Quid*, s'il y a donation de biens présents et à venir? 2544.

I.

Imputation. Voy. *Rapports*.

Incapacités. Voy. *Capacité*.

Ingratitude. L'ingratitude est une des causes qui rendent indigne de recueillir une libéralité. — Différence entre l'indigne et l'incapable. II, 573. — Droit romain. — De l'ingratitude au point de vue philosophique. III, 1304, 1306. — Nécessité d'une preuve parfaitement convaincante. 1307.

§ 1er. De la révocation des donations entre-vifs pour cause d'ingratitude.

1° Quelles causes y donnent lieu.

Attentat à la vie du donateur. III, 1308. *Quid*, si l'attentat est commis par le mari sur sa femme, prise en flagrant délit d'adultère? 1309.

Des sévices et délits envers le donateur. 1310.

De l'injure grave. 1311. — *Quid*, si elle n'a été proférée qu'après le décès du donateur? 1312. — *Quid* du délit commis contre la propriété du donateur? 1313.

Du refus d'aliments comme cas d'ingratitude. 1314, 1315, 1317. — *Quid*, si les violences et faits délictueux ont été dirigés contre l'époux ou les enfants du donateur? 1316.

2° *Quelles donations* sont sujettes à révocation pour cause d'ingratitude. 1318, 1320.

Quid des donations anténuptiales et des donations entre époux par contrat de mariage. 1348. — L'ancienne jurisprudence adoptait l'affirmative pour la donation entre époux. 1140 à 1351. Il y avait controverse en ce qui concernait la donation anténuptiale, faite par un tiers. 1352. — Le Code n'admet la révocation qu'en ce qui concerne les donations entre époux. 1353 à 1356. — Arrêt de la cour de cassation revenant sur sa jurisprudence antérieure. — Réfutation de M. Dupin. 1359 à 1360. — La séparation de corps fait-elle tomber la donation ? 1361. — Est-il indispensable qu'elle soit prononcée pour que la révocation puisse être admise ? 1362, 1363.

3° *De l'exercice de l'action* en révocation pour ingratitude. — La révocation n'a pas lieu de plein droit. III, 1324. — Délai dans lequel elle doit être intentée. 1323, 1324, 1343. — De la remise formelle ou tacite de l'action. 1325 à 1227. — L'action n'appartient qu'au donateur contre le donataire ; elle ne passe ni à l'héritier, ni contre l'héritier. 1328. — Exception à cette règle en faveur des héritiers du donateur. — En quel cas. Fixation des délais dans lesquels ils doivent agir. 1329 à 1234. — *Quid*, spécialement, dans le cas où il s'agit de l'action que peuvent avoir la femme contre son mari, ou le mari contre sa femme? 1335 à 1343.

4° *Effets de la révocation* pour cause d'ingratitude. — Pour quels motifs la loi a respecté les aliénations et hypothèques dont la chose a été l'objet avant l'inscription de la demande, conformément à l'art. 958 du Code? 1344. — Obligations du donataire. 1345. — *Quid* quant aux fruits? 1346. — Doit-il indemniser le donateur des servitudes et hypothèques qu'il a imposées sur la chose? 4347.

§ 2. De la révocation, pour cause d'ingratitude, des dispositions testamentaires. II, 574, 581 ; IV, 2195, 2195. — De la condamnation pour avoir donné la mort au défunt. 575. — De la dénonciation capitale jugée calomnieuse. II, 576. — Du défaut de dénonciation du meurtre du défunt. 577, 578. *Quid* des enfants de l'indigne ? 579. — L'indigne de succéder immédiatement peut-il succéder par le moyen d'un tiers ? 580, — *Quid* de la séparation de corps? IV, 2197, 2198. — Des injures qui s'adressent à la mémoire du défunt. 2199, 2200. — *Quid*, du fait d'avoir dérobé des objets de la succession? 2201. — A qui appartient le droit de demander la révocation? 2202. — Du délai pour exercer l'action. 2203, 2204. — *Quid*, si le testateur avait pardonné? 2205.

INSTITUTION CONTRACTUELLE. § 1er. Don de tout ou partie de la succession du donateur. — De son origine. — Le droit romain prohibait toute institution par contrat. IV, 2343, 2344, — Droit moderne différent. 2345, 2346.

De la capacité nécessaire pour faire une institution contractuelle. — Du mineur. 2358 à 2370. — De la femme mariée. 2371.

Caractère de cette donation. 3347 2348. — L'instituant conserve le droit d'aliéner à titre onéreux, même à fonds perdus, 2349 à 2351, — mais non à titre gratuit, sauf de légères exceptions. 2350. — De la réserve faite par l'instituant de disposer d'une chose comprise dans l'institution; des effets de cette réserve. 2351 à 3552. — L'instituant peut-il renoncer à une prescription acquise? 2353. — L'institué ne peut aliéner son droit avant la mort de l'instituant, ni y renoncer. 2354, 2355. — Mais il peut répudier la succession après. — A qui profite la répudiation? 2356. — De la caducité de l'institution par le prédécès de l'institué. — De la substitution vul-

gaire au profit des enfants de l'institué. 2357. — l'institution contractuelle ne peut être étendue hors des cas pour lesquels elle a été introduite. — Exemples. 2358, 2459. — Elle n'est valable que si elle est faite au profit d'un futur époux et par le contrat de mariage 2360. — De la clause d'association permise dans l'ancien droit, non admise par le Code. 2361. — A qui profite la nullité de cette clause ? 2362, 2363. — L'institution peut être universelle, à titre universel, à titre particulier. 2364. — De quelles dettes l'institué est-il tenu ? 2365. — Il n'a pas de délivrance à demander. 2366. — Il ne peut pas diviser l'institution et s'en tenir aux biens présents 2367. — La transcription n'est point exigée. 2368. — L'institution n'est point révocable pour cause d'ingratitude. 2372. — L'acceptation expresse n'est pas nécessaire. 2373. — Elle est révocable pour cause de survenance d'enfants 2375.

De la promesse d'égalité. De sa validité, de ses effets. 2376 à 2381.

§ 2. De la donation universelle, cumulative, des biens présents et à venir. — Elle n'est admise qu'en contrat de mariage. IV, 2380. — Quel est le caractère vrai de cette donation ? — Historique en cette matière. — Quatre systèmes d'interprétation. — Leur définition. — Examen de chacun d'eux. 2382 à 2396. — Du système adopté par le Code. — Le donataire peut au décès du donateur, s'en tenir aux biens présents et renoncer au surplus des biens, 2397, 2398, — pourvu qu'il ait été annexé à la donation un état des dettes alors existantes. 2399. — Conséquence de ce système. 2400 à 2403.

Des effets de la donation après la mort du donateur. — Du cas où, l'état prescrit ayant été annexé, le donataire opte pour les biens présents. 2404. — Des dettes qui sont la charge des biens présents. 2405, 2406. — Que faut-il entendre par biens présents ? 2407, 2408. — Des droits des enfants substitués à leur père donataire. 2409, 2410. — Du cas où le donataire accepte la donation universelle. 2411. — Doit-il respecter tous les actes du donateur, dettes et aliénations ? 2412 à 2414. — Le donataire universel n'est tenu des dettes que *intra vires*. 2415 à 2418. — Faut-il pour cela, qu'il ait fait inventaire ? — Autorités pour et contre. 2419 à 2425. — Le donataire d'un quart n'est tenu que d'une part proportionnelle des dettes. IV, 2426, 2427. — Le donataire universel n'est pas tenu de demander la délivrance. 2428, 2429. — Conséquence de la saisine du donataire. 2430. — Le même donataire ne peut, avant la mort du donateur, renoncer à la donation ou contracter sur les choses données. 2431. — S'il a accepté, après la mort du donateur, les biens à venir, peut-il les répudier pour s'en tenir aux biens présents ? 2432, 2433. — — Comparaison entre la donation universelle et l'institution contractuelle. 2434. — Il ne faut pas confondre avec la donation cumulative des biens présents et à venir celle pui contiendrait deux donations séparées, l'une des biens présents l'autre des biens à venir. — Exemple. — Conséquences. 2435, à 2437. — Les partie peuvent modifier la donation de biens présents et à venir. 2438. — Qui peut faire une donation cumulative ? Dans quel acte ? 2439. — Au profit de qui peut-elle être faite ? 2448. — De l'état des dettes à annexer. 2441 à 2443. — Un état des meubles n'est pas nécessaire. 2444.

§ 2. De la donation des biens à venir seulement. — Similitude avec l'institution contractuelle. — Elle peut aussi être faite par un tiers, en contrat de mariage. 2445.

§ 4. Des conditions imposées au donataire — Donation par contrat de mariage. — Le principe *donner et retenir ne vaut* n'est point appli-

cable aux donations dont il s'agit ici. — Coup d'œil sur les nombreuses dérogations admises par le Code. 2446. — L'article 1086 embrasse même les donations des biens présents. 2447. — De la condition de payer les dettes et charges de la succession du donateur. IV, 2448. — Le donataire peut s'exonérer en abandonnant les biens, même après s'être immiscé. 2449 à 2452. — Des conditions potestatives de la part du donateur, de la condition d'exécuter le testament du donateur. 2453. — Du don d'une somme à prendre sur des immeubles déterminés. 2454. — D'une chose donnée sous la condition : Si j'en deviens propriétaire ou si elle se trouve dans ma succession. 2455. — De la réserve de disposer de tout ou partie des biens donnés. — Distinctions. — Sens, portée et limites de cette clause. 2456 à 1465. — *Quid* sur la dévolution de la chose si le donateur n'a pas usé de la réserve ? 2466. — Question transitoire. — Une loi nouvelle, augmentant la légitime, est-elle applicable à la valeur dont le donateur s'est réservé la disposition ? 2467, 2468.

§ 5. De la caducité des donations faites aux époux en faveur du mariage.

Voy. *Caducité*, § 3.

§ 6. De la réduction des même donations lorsqu'elles excèdent la quotité disponible. 2500. — Ancien droit. 2501 à 2503. — Le Code résume et généralise les dispositions de l'ancien droit. 2504. — C'est dans l'ordre des dates que se fait la réduction. 2505 à 2507. — Exception à cette règle 2507, 2508, 2509. — *Quid* quand le donataire de biens présents et à venir a opté pour les biens présents ? 2510. — Des donataires sous une condition potestative ou à la charge de payer les dettes du donateur. 2511. — *Quid* de la donation sous réserve de la faculté de disposer d'un objet ? — La donation faite en vertu de la réserve est-elle préférable ? 2512 à 2514.

Institutions d'héritiers et des legs en général. — Peu importe aujourd'hui la dénomination sous laquelle sont faites les dispositions testamentaires. — La volonté du disposant doit dominer. IV, 1353. — Examen de la jurisprudence romaine sur les institutions d'héritiers. 1754 à 1750. — Des legs en droit romain. 1761. — Ancienne législation française en cette matière. — Différence entre le système coutumier et le droit romain. 1762, 1763. — Système mixte adopté par le Code. 1764. 1765. — Toute institution d'héritier, tout legs, en quelques termes qu'ils soient faits, sont considérés par le Code, sous le rapport de l'étendue, ou comme legs universel : Voyez *Legs universel* ; ou comme legs à titre universel : Voy. *Legs à titre universel* ; ou comme legs particulier. Voyez *Legs particulier*.

Intérêts. Voy. *Fruits*.

Interposition. De l'*interposition de personne* pour dissimuler une donation. II, 700. — A qui profite la disposition frauduleuse ? 701. — Circonstances qui caractérisent l'interposition. 702. — Comment peut s'établir la preuve du fidéicommis tacite ? 703, 704. — Présomptions légales d'interposition. 705 à 710. — *Quid*, si la personne frappée d'incapacité à l'époque de la disposition a recouvré la capacité au moment où la disposition produit son effet ? 711, 712, 713. — *Quid*, s'il s'agit d'une disposition entre-vifs et que l'incapacité survienne au moment de l'acceptation ? 714. — *Quid*, si, au même moment, la présomption d'interposition a disparu ? 715, 716. — Si l'incapable est décédé, il n'y a plus présomption d'interposition. 717. — L'énumération faite par l'art. 911 des personnes légalement présumées interposées est de droit étroit. 718. — Mais elles

ne s'appliquent qu'aux incapacités relatives. 724. — En dehors des présomptions légales, le juge peut rechercher dans toutes les circonstances de la cause la preuve de la fraude. 719, 720. — Du reste, les prohibitions de l'art. 911 sont générales et ne souffrent aucun tempérament.—Exemples, 721,722.— De la parenté résultant de l'adoption.723.—L'art. 911 atteint aussi les dons manuels. 725.

Des donations indirectes entre époux par interposition de personne. — De la présomption légale d'interposition. IV, 2753 à 2755. — Elle n'est point applicable lorsqu'il est impossible que l'époux profite de la donation. 2755. — En dehors de la présomption légale, la preuve de l'interposition doit être rapportée. 2756.—L'enfant naturel est présumé personne interposée comme l'enfant légitime. 2754.

J.

Jésuites. Voy. *Corps moraux*.

L.

Légitime. Voyez *Réserve*. — *Quotité disponible*.

Legs particulier.— Définition. IV. 1869.— Sur quelles choses il peut porter. 1870. — De quel jour naît le droit du légataire? 1871.— Principes du droit romain sur l'échéance du legs.— De la caducité résultant du défaut d'adition de la succession par l'héritier.1872.—Principes du Code. — *Quid*, si le legs est à terme ou conditionnel? 1873,1875. — De ce qui concerne l'échéance des legs d'usufruit et de servitude personnelle. 1874, 1875. — Les fruits ne courent au profit du légataire que du jour de la demande en délivrance. 1876, 1877. — Exceptions à cette règle. 1878 à 1880 et 1887. 1888.—Le Code n'admet pas l'exception quant aux legs faits aux mineurs ou pour œuvre pie. 1881. —*Quid*, lorsque l'héritier a dissimulé aux légataires des dispositions qui les concernaient? 1882. — Du cas où il y a eu payement d'une partie du legs. 1883.

Observation sur le legs d'aliments; — de la chose d'autrui; — d'une chose indéterminée; — de la chose commune.—Du legs d'option.—Du legs alternatif. — Du legs fait par le testateur à son créancier. — De la reconnaissance de dette. — Du legs de libération, Voy. *Délivrance*.

Du legs d'usufruit à titre particulier. Voy. *Usufruit*.—Du legs d'usage et d'habitation. 1914, 1915.

Des frais de la demande en délivrance et de ceux d'enregistrement et de mutation. 1816 à 1819.

Legs a titre universel. Caractère du legs à titre universel.—En quoi il diffère du legs universel.IV,1846, 1847.— En quoi il diffère du legs particulier. — Exemples. 1849. — Sens des mots *meubles, mobilier, biens meubles* employés dans les testaments. 1850. — La question d'étendue du legs est le plus souvent une question de fait. 1851. — Le legs d'usufruit de tous les biens est un legs à titre universel. 1848.

Demande en délivrance. Le légataire à titre universel y est toujours assujetti. 1852, — même envers les successions irrégulières, 1853, — même au cas où la succession est vacante. 1854. — Il n'a droit aux fruits qu'à partir du jour de la demande, à moins que le testateur n'en ait autrement ordonné. 1855, 1856.

Du payement des dettes. Voyez *Dettes et charges*.

Legs universel. § 1er. Définition du legs universel.—Circonstances qui le caractérisent.— Sa définition.— Elle comprend deux points distincts: les personnes et les choses. IV. 1767. — Différence entre le legs universel fait à plusieurs avec le legs de quotité contenant attribution de parts. 1768. — On ne doit pas cependant attacher aux formules

un sens trop littéral; c'est la pensée du testateur qu'il faut surtout considérer. — Exemples. 1769 à 1772, 1773. — Sens du mot *universalité*. — Différence entre l'universalité et la totalité. 1774. — Le legs universel doit contenir même les droits éventuels et à venir. 1775. — Du droit du légitimaire pour faire rapporter une chose à la masse héréditaire. 1776. — C'est au légataire universel et non au légitimaire rempli qu'il appartient de demander la nullité d'un legs particulier. 1777. — *A fortiori*, s'il se trouve en présence d'héritiers non réservataires. 1778, 1779, 1780. — Le legs universel attire à lui toutes les caducités et nullités, à moins que le testateur n'en ait ordonné différemment. 1781. — Ce qu'il faut principalement examiner pour vérifier si un legs est universel ou à titre universel. 1782. — Exemples. — Legs du surplus après un legs soit particulier, soit de quotité, soit à titre universel n'étant pas de quotité. 1783 à 1785. — Cas dans lesquels la disposition a en réalité un caractère différent de celui que semblent indiquer les apparences extérieures. 1786 à 1788. — Caractère du legs de l'usufruit de la totalité des biens. 1848. — C'est à l'ensemble des dispositions que l'on reconnaît le caractère du legs. 1790.

§ 2. Des actions qui compètent au légataire pour obtenir la délivrance. — Du droit romain. IV. 1793. — Des actions personnelle, réelle et hypothécaire accordées par le Code. 1794. — L'action hypothécaire peut-elle être exercée solidairement contre chacun des cohéritiers? 1795. — Cette hypothèque s'étend-elle aux propres de l'héritier? 1796. — Le légataire universel qui demande la délivrance peut-il procéder *de plano* par voie de saisie et exécution? 1797. — Procédure de l'action en délivrance. 1798. — *Quid*, lorsque le testament est olographe ou mystique? 1816 à 1821.

§ 3. De l'envoi en possession. Le légataire universel en vertu d'un testament olographe ou mystique, est tenu de se faire envoyer en possession lorsqu'il n'existe pas de réservataire. 1822. — Ancien droit. 1823, 1824. — En quoi la requête de mise en possession diffère de la demande en délivrance. 1825. — De l'opposition des héritiers *ab intestat* à l'envoi en possession. 1826. — Le président peut-il, même d'office, refuser de l'ordonner? — Distinctions. — Hypothèses diverses. 1827 à 1833. — Des mesures conservatoires que peut prendre l'héritier. 1834.

§ 4. De la jouissance des biens légués. — Le légataire universel a droit à cette jouissance à compter du décès. — Pourquoi? 1799. — Conditions auxquelles il est soumis pour jouir de ce droit. 1800 à 1802. — Cas dans lesquels la demande en délivrance n'est point nécessaire. — Délivrance tacite. 1803, 1804.

§ 5. Du payement des dettes et des legs. Voy. *Dettes et Charges*.

LIBÉRATION. Legs de libération. Voy. *Legs à titre particulier*.

M.

MAJORATS. Institution des majorats par le sénatus-consulte du 14 août 1806 et le décret du 1er mars 1808. Elle consacre une exception à l'abolition des subtitutions. Pensée de Napoléon en instituant une noblesse impériale. Observation sur cette institution. I, 169. — Modifications apportées à l'étendue des majorats par la loi du 12 mai 1835. 170.

MARIAGE. Des conditions qui touchent à la liberté de se marier. Voy. *Conditions*.

Des libéralités à cause de mariage. Voy. *Femme mariée*. — *Donations antenuptiales*. — *Donations entre époux*.

MÉDECINS. Motifs qui ont déterminé le législateur à déclarer les méde-

cins et pharmaciens incapables de recevoir dans les cas prévus par l'art. 909. II, 635, 636. — Il faut que la libéralité ait été faite et les soins donnés dans le cours de la maladie à laquelle a succombé le disposant. 644. — *Quid*, s'il ne s'agit que d'un état valétudinaire? 646. — *Quid*, de la simple livraison de remèdes par un pharmacien? 645. — Des empiriques et autres individus qui s'ingèrent sans mission dans l'art de guérir. 647. . Les gardes-malades et les sages-femmes ne sont l'objet d'aucune incapacité. 648.

Exceptions à la règle.

1° Dans le cas d'un legs rémunératoire particulier pour services rendus pendant la dernière maladie. 637, 639. — *Quid*, si le legs rémunératoire était à titre universel? 628. — Des rapports étroits d'amitié pourraient-ils écarter la qualité de médecin et justifier le legs? 640.

2° Exception résultant de la parenté. Dans quelles limites? 641. — Il n'existe point d'incapacité entre époux. 642. — *Quid*, de la libéralité faite par contrat de mariage au médecin par sa malade qui l'épouse durant sa dernière maladie? 643.

Minorité. § 1er. De la capacité du mineur de disposer par donation entre vifs et par testament. De l'incapacité du fils de famille en droit roman. — *Quid*, sous le Code, II, 531. — A quel âge était-il permis au mineur de tester à Rome? 583. — Dans l'ancien droit français? 584. — D'après le Code, le mineur de moins de 16 ans ne peut aucunement disposer, même pendant le mariage. Seule exception au cas de donation faite par le mineur qui se marie. 585, 586, 587, et IV. 2360, 2370, 2652 à 2631. — Le mineur âgé de 16 ans ne peut disposer que par testament et seulement de la moitié disponible de ses biens. 588. 589. — Peu importe qu'il soit émancipé. 590. — La renonciation des ascendants à la succession changerait-elle quelque chose à la quotité dont le mieur aurait pu disposer? 824. — *Quid*, de la disposition testamentaire qui excéderait la quotité dont il est permis au mineur de disposer en faveur de son tuteur dont le compte de tutelle n'a pas été rendu et apuré. Exception en faveur des ascendants. 618 619. — La nullité de la disposition ne serait pas couverte par un règlement de compte postérieur à la majorité 620. — *Quid*, de la disposition en faveur du tuteur qui a cessé de l'être avant la majorité de son pupille et qui a rendu ses comptes? 621. — Il n'est pas besoin que le reliquat du compte soit payé. 622. — La prescription équivaudrait à l'apurement. 623. — La prohibition ne peut être étendue à d'autres qu'aux tuteurs. — *Quid*, du subrogé tuteur qui se serait rendu tuteur de fait? 624. — *Quid*, du second mari de la veuve qui se remarie, 625. — Le second mari de l'épouse qui convole et qui est devenu co-tuteur ne peut se mettre sur la ligne d'un ascendant. 626. — Le testateur qui laisse des héritiers mineurs peut-il ordonner par la forme de condition que les biens formant la portion disponible et qu'il donne aux mineurs seront vendus, sans formalités de justice, pour payer les dettes? I, 270.

§ 2. De l'acceptation des donations faites aux mineurs et des recours du mineur contre son tuteur pour défaut d'acceptation. Voy. *Acceptation*.

Ministres. du culte. De leur incapacité relative de recevoir par donation entre vifs ou par testament, du malade qu'ils ont assisté pendant sa dernière maladie. L'art. 909 les assimile aux médecins. II, 649. — Cette disposition ne s'applique pas seulement au confesseur. 650. — Elle atteint le ministre protestant qui assiste un malade dans sa dernière maladie. 651. — Un acte

isolé, tel que l'extrême-onction, ne constituerait pas l'incapacité. 652. — Le prêtre qui assiste le testateur peut être nommé exécuteur testamentaire, pourvu que ce mandat ne déguise pas une libéralité. 653, 654. — *Quid*, si la libéralité était adressée plutôt à l'église qu'au ministre du culte? 909. — *Quid*, s'il y avait interposition de personne? — Voy. *Interposition*.

Mode. Le mode ajouté aux actes à titre gratuit est une loi qui oblige le gratifié à faire ou à donner quelque chose après qu'il aura reçu la libéralité. I, 353 — Caractères du mode. 355. 356 et 363 à 368. — Les conditions potestatives négatives sont de véritables modes. 353 — Dans le doute, la disposition doit être considérée comme modale plutôt que comme conditionnelle. 354. — Elle peut être exécutée par équipollents. 356. — Le mode est accompli lorsqu'il ne tient pas au légataire grevé de l'accomplir. 357. — *Quid*, dans les dispositions entre-vifs? 358. — Effets produits par le mode. 359, 360. — Conséquences du défant d'accomplissement. 361. — Peut-il être accompli par l'héritier du légataire décidé avant l'accomplissement? 362. — Observations sur le sens de certains mots et certaines formules employés pour exprimer le mode. Voy. *Conditions*. § 9.

Monomanie. Voy. *Aliénation mentale*.

Mort. civile et condamnations criminelles.

La loi du 31 mai 1854, en abolissant la mort civile, a maintenu l'incapacité absolue du condamné à des peines afflictives et infamantes perpétuelles en ce qui concerne le droit de disposer, ou de recevoir par donation, ou par testament. II, 511, 542. — Mais il n'est pas incapable de succéder *ab intestat*, il a droit par conséquent à une réserve, et fait nombre pour la fixation de la quotité disponible. 794,. — Il a la faculté de faire des actes de commerce, 512, 513, 514. — Pourrait-il recevoir des dons manuels excédant les aliments? 543.

Avant le Code, le mort civil pouvait-il donner *entre-vifs*? 515. — Droit romain. 516 à 721. — Ancienne jurisprudence. 522. — *Quid*, d'une donation à cause de noces? 523.

L'incapacité du mort civil pour tester n'était point douteuse en droit romain. 524. — Doit-on assimiler au condamné à une peine afflictive perpétuelle, le condamné à une une peine afflictive et infamante temporaire? 525.

En France, les moines étaient considérés, avant la révolution, comme morts civilement. — Il n'en est plus ainsi. 528, 564. — Peut-on donner en France, par testament ou par donation, à un religieux étranger, mort civiement d'après la loi de son pays? 566.

O.

Option. Legs d'option. IV, 1960 à 19067 et 2049. — Voy. *Legs particulier* et *Délivrance*.

P.

Partage d'ascendant. But et utilité du partage d'ascendant. — Ce qui le distingue de la démission des biens. IV. 2293. — Origine historique. — Droit romain. 2294. — Droit coutumier. 2295, 2296. — La quotité disponible peut être donnée à l'un des enfants par préciput. 2297. — Ce partage se fait par donation ou par testament. 2298. 2308. — Il imite, dans une certaine mesure, la succession naturelle. 2299. — Du véritable caractère du partage *inter libéros*. — *Quid*, du partage fait entre vifs? 2300, 2301. — *Quid*, du partage fait par testament? 2302. — La représentation est admise sauf pour le préciput. 2303. — Le père doit-il suivre les règles d'un partage ordinaire? 2304. — L'enfant qui ac-

cepte un lot du vivant de son père est-il recevable, après la mort de celui-ci, à contester l'équitable composition de ce lot? 3306. — De la clause par laquelle le père donne par préciput ce qui se trouve dans un lot de plus que dans un autre. 2306.

Des effets du partage d'ascendant. 2307. — Il change de nature et d'effet suivant qu'il est fait dans la forme testamentaire ou dans la forme de donation entre-vifs. 2308. — Conséquences quant à la révocabilité et aux biens que peut comprendre le partrge, 2309, — et à la dévolution des dettes. 2310 à 2412. — Du compte que le père doit tenir des dons qu'il a déjà faits à ses enfants, soit par préciput, soit par avancement d'hoirie. 2313. — De la promesse d'égalité qu'il aurait faite à l'un de ses enfants. 2314.

Le partage peut ne comprendre qu'une partie des biens. IV. 2315. — *Quid* alors des biens restés en dehors et des acquisitions nouvelles? 2316.

De la nullité du partage pour cause de prétérition. De l'action de l'enfant omis. 2317. — *Quid*, si l'un des enfants apportionnés prédécède son père? — Distinctions 2318 à 2321. — La survenance d'enfant donne lieu à un nouveau partage. 2322. — Mais le partage subsiste si l'enfant survenu prédécède son père 2323. — *Quid*, de l'omission d'un enfant naturel? 2324. — Prescription de l'action en nullité pour omission. 2325.

De l'action en lésion. De la rescision pour excès de la quotité disponible dans le don préciputaire fait à l'un des enfants. — De la rescision pour lésion de plus du quart dans le partage. — *Quid*, lorsque l'un des enfants à reçu et la portion disponible par préciput et dans le partage un lot plus fort que les autres? 2326, 2327. — De la lésion de plus du quart. 2328, 2329. — La nullité du partage entraîne-t-elle la nullité du don fait par préciput? 2330. — De la prescription de l'action en lésion de plus du quart. 2331. — De la prescription de l'action pour excès de la quotité disponible. 2332, 2333. — De la prescription de l'action en nullité pour composition vicieuse des lots. 2334, 2335. — La réception du lotissement, dans le cas de partage entre-vifs, n'est pas une fin de non-recevoir contre l'enfant lésé. 2336. — Le défendeur à l'action en rescision pour lésion ou pour excès du disponible peut l'arrêter en parfaisant le déficit. IV. 2337. Comment s'apprécie la lésion lorsque le père à fait plusieurs partages successifs? 2338. — *Quid*, des frais et dépens de l'action en rescision? 2339.

PHARMACIENS. Voy. *Médecins.*

PRÉCIPUT. Importance domestique et politique de l'art 919. II, 877. — Nombreuses diversités sur ce point dans le droit coutumier. 878. — De la dispense de rapport en droit romain. 879. — Discussion au conseil d'État. 880. — Le rapport est la règle, le préciput l'exception. 881. — Les expressions par préciput et hors part ne sont pas sacramentelles. 882. — Un legs universel fait par un père à l'un de ses enfants, a-t-il la même énergie qu'un legs avec dispense de rapport? 883. — De la donation déguisée sous la forme de contrat à titre onéreux. 884. — Spécialement des aliénations au profit de l'héritier en ligne directe, à charge de rente viagère ou à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit. Voy. *Rapport*. — Le préciput peut résulter d'un acte postérieur à la donation. 885. — Des circonstances postérieures peuvent décider du préciput. 886. — *Quid*, si l'héritier donataire renonce à la succession? Résumé 887. — Si le don fait avec dispense de rapport excède la quotité disponible, l'excédant se rapporte à la masse. 888. — L'enfant qui aurait reçu un don excessif, pourrait-il, en renonçant,

retenir le don par le cumul de la réserve et de la quotité disponible? 786 à 793. — De l'effet de la réserve faite par le donateur de disposer du surplus de ses biens. — Distinction. 890, 891. — Du préciput donné à l'un des enfants dans un partage d'ascendant. Voy. *Partage d'ascendant*.

PRESCRIPTION. La prescription acquise par le meurtrier contre la condamnation ne le relèverait pas de son indignité. II, 576. — Prescription de l'action en réduction. 941, 942. — *Quid* à l'égard des tiers détenteurs des biens rapportables? 1033 à 1035. — La renonciation à une prescription acquise est exempte des formalités de la donation. III, 1079. — Durée de l'action en nullité de donation pour vice de forme. 1086. — Durée de l'action en restitution des objets mobiliers donnés, lorsqu'il n'y a point eu d'état estimatif. 1258.— De la prescription de l'action en résolution de la donation pour cause d'ingratitude. 2303, 1323, 1324, 1332. — De la presrciption de l'action en révocation de la donation pour cause de survenance d'enfants. 1321 à 1427.— De l'action en révocation d'un legs pour cause d'ingratitute ou d'hostilité. V. 2203, 2204. — De l'action en rescision d'un partage d'ascendant pour cause de lésion de plus d'un quart. 2331. — De l'action pour excès de la quotité disponible. 2332,2333. — De l'action en nullité pour composition vicieuse des lots. 2334, à 2336. — L'instituant, dans le cas de l'art. 1082, peut-il renoncer à une prescription acquise? 2353.

Q.

QUOTITÉ DISPONIBLE. La quotité disponible est ce dont il est permis de disposer, déduction faite de la réserve fixée par la loi. — La quotité disponible par donation est la même que par testament. — Différence avec le droit ancien. I. 51 à 53. Voyez *Réserve*.

§ 1er. En faveur de qui le père de famille peut-il disposer de la quotité disponible et dans quelle forme? Voy. *Préciput*.

§ 2e. Mode de déterminer la quotité disponible. Voy. *Réduction*, § 4.

§ 3e. De certaines dispositions excédant la quotité disponible.

1° De la disposition d'un usufruit ou d'une rente viagère.

Difficulté de l'ancien droit. II. 832 Droit d'option que donne aux réservataires l'article 918 d'exécuter la disposition ou d'abandonner la quotité disponible. 833. — Le réservataire qui veut user de ce droit doit-il prouver qu'il à juste sujet de se plaindre de la libéralité usufructuaire? 834 à 838 et 839.—*Quid*, s'il y a plusieurs réservataires d'avis contraires? 840. — *Quid*, s'il s'agit d'un legs d'usage et d'habitation? 841. — Le légataire à titre particulier d'usufruit ne devient pas, par l'abandon de la quotité disponible, successeur à titre universel. — Conséquence. 842, 843. — Le droit d'option n'appartient pas aux collatéraux. 844. — *Quid*, lorsque le réservataire à consenti, en connaissanee de cause, à la délivrance du legs? 845.

2° Des biens aliénés soit à charge d'usufruit, soit à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit, à l'un des successibles en ligne directe (article 918). Voy. *Rapports*.

§ 4e. De la quotité disponible spéciale au conjoint.

Motifs de sa détermination. IV, 2553. — Si la quotité est dépassée, il y a seulement lieu à réduction. 2554. — Du cas où le donateur n'a point de réservataire. 2555. — Du cas où il laisse des ascendants pour héritiers. 2556. — Un legs universel ou un don du disponible embrasse l'usufruit de la réserve, sans clause expresse. 2557, 2558. — Du cas où le donateur laisse des descendants. — L'article 1094 fixe un *maximum* qui ne peut être dépassé lors même qu'il n'y aurait qu'un enfant. 2559 à 2566. — De quoi se compose cette

quotité disponible. 2567, 2568. — Comment se réduit le don de l'usufruit de tous les biens? 2569, 2570. — De l'application de l'article 917 à cette matière. 2571, 2572. — Comment se réduit le don d'une rente viagère? 2573, 2574. — Du don ou legs de tout ce dont on peut disposer. 2575. — L'époux donataire d'un usufruit peut-il être dispensé de donner caution? 2576 à 2578? — Que décider de la dispense de faire inventaire? 2579. — Du conflit de donations imputables sur les deux quotités disponibles des articles 913 et suivants du Code et de l'article 1094, 2580. — Ces deux quotités ne peuvent se cumuler. 2581, 2582. — De la combinaison des deux quotités. — Division de la question. IV. 2583. — Du cas où la quotité ordinaire est plus considérable que la quotité spéciale au conjoint. 2584 à 2589. — Du cas inverse. 2590 à 2595. — Combinaison des deux quotités dans cette dernière hypothèse. — Trois cas à considérer. 2596 à 2608. — Comment s'évalue un don en usufruit. 2609, 2610, 2611. — Que décider si l'usufruitier meurt avant l'évaluation de son droit? 2612. — De l'ordre à suivre dans la réduction quand il y a excès dans la donation. 2613. — Comment procéder quand les libéralités sont faites par testament. 2614 à 2618. — Si l'époux gratifié renonce à son gain de survie, qui est-ce qui en profite? — Distinctions. 2619, 2620.

Du cas où le conjoint est mineur. Le mineur assisté de ceux dont le consentement est requis pour la validité du mariage, est assimilé au majeur. 2622 à 2625. — De la forme du consentement et de sa constatation. 2626 à 2631. — Le mineur reste dans le droit commun s'il gratifie son conjoint durant le mariage ou toute autre personne. 2624.

Du cas où le conjoint donateur a des enfants du 1er lit.

Droit romain. IV, 2696. — Edit des secondes noces. 2697. — Le disponible est réduit par le Code à la part d'enfant légitime le moins prenant, sans qu'en aucun cas les donations puissent excéder le quart des biens. 2698, 2699, 2704. — Cette disposition s'applique seulement aux donations faites à cause du mariage. 2721. — Les enfants naturels légitimes comptent-ils? 2700. — *Quid* des enfants adoptifs? 2701. Il faut que les enfants existent au décès de l'époux remarié. 2702. — De la renonciation et de l'indignité de l'enfant du 1er lit. 2703. — Comment se calcule la part d'enfant? — 2705. Comment se répartit la partie retranchée entre les enfants et l'époux donataire quand la donation est d'une valeur déterminée et excessive? 2706, 2707. — Du cas où des étrangers ont été gratifiés en même temps que la femme du second lit. 2708, 2709. — Du cas où l'époux remarié a fait des libéralités à ses enfants et à son second conjoint. — Conséquence quant au rapport des avancements d'hoirie. 2710, 2711, 2712. — La part d'enfant se calcule-t-elle sur ce qu'un enfant recueille en fait ou sur ce qu'il a droit de recueillir? 2713. — La renonciation d'un enfant influe-t-elle sur ce calcul? 2714. — De l'indignité d'un enfant. 2715, 2716. — Du cas où les enfants sont prédécédés et ont laissé des descendants. 2717, 2718. — *Quid*, d'une donation de part d'enfant, lorsque le donateur ne laisse pas d'enfant? IV, 2719. — Les conjoints d'un second ou subséquent mariage ne peuvent recevoir entre eux tous qu'une part d'enfant. 2720. — Qu'est-ce qu'on impute sur le disponible déterminé par l'article 1098? 2722.

De l'action en réduction. A qui appartient-elle et profite-t-elle? 2723, 2724. — L'indigne ne saurait l'exercer. 2725. — Elle s'ouvre au décès. 2726. — Ce qui est retranché à l'époux du second lit profite aux enfants indépendamment de leur réserve. 2727 à 2729. — Du cas où le testa-

teur lui-même a voulu la réduction. 2730. — L'article 917 est-il applicable à cette matière. 2731, 2732. — Nature de l'action en réduction. 2733. — Elle passe aux héritiers et peut être exercée par les créanciers. 2734 — De l'estimation des biens pour fixer la quotité disponible. 2735. — Caractère de la donation d'une part d'enfant. 2736. — De la caducité par le prédécès du donataire. 2737 — Les enfants ne peuvent être substitués à leur parent donataire. 2738.

R.

Rapports des aliénations faites au profit d'un héritier en ligne directe par l'auteur commun, à charge de rente viagère ou à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit (art. 918). — Elles sont considérées comme libéralités déguisées et imputables d'abord sur la quotité disponible et l'excédant rapporté à la masse. II, 850. — But de cette disposition. — Droit ancien. 847. — Loi de nivôse an II abrogée par celle du 4 germinal an III. 848. — Combinaison de ces diverses lois dans le Code. 849. — Exception lorsque les successibles ont consenti à l'aliénation. 851, 852, 855, 856. — Sens du mot *successible*. 853, 854. — *Quid*, des héritiers et de l'époux du successible? 874, 875. — *Quid*, si l'aliénation est faite au profit d'une personne qui ne devient successible que postérieurement? 876. — La question d'imputation ou de rapport ne peut être agitée à l'égard des successibles en ligne collatérale. 869. — Caractère des contrats auxquels la loi attache une présomption de fraude. 857, 859. — *Quid*, de la stipulation d'une rente perpétuelle pour abandon d'un bien? 858. — *Quid*, si la rente viagère est stipulée au profit d'un tiers? 860. — Des cas où la réserve de l'usufruit au profit du père n'est que partielle. 861. — Il y a dispense implicite de rapport dans les trois espèces de contrats énoncés dans l'art. 918. 802, 803. — Les autres contrats restent soumis au droit commun.— Exemples. 864, 866, 867. — *Quid* des ventes à fonds perdu, à rente viagère ou avec réserve d'usufruit, faites par un fils à son père? 868. — A quelle époque doit être appréciée la valeur de l'immeuble? 870. — Le rapport n'est que de la valeur. — Conséquence. 871, 872. — Quelles sommes peut répéter le successible soumis à l'imputation. 873. — Des rapports à faire par les successibles à la masse. Voy. *Réduction*, § 4.

Les dons manuels sont-ils réputés faits avec dispense de rapport? 865.

Reconnaissance de dettes. Des reconnaissances de dettes contenues dans un testament. — Sont-elles révocables? IV, 2054. — Cette reconnaissance peut-elle servir de commencement de preuve par écrit si le testament est révoqué. 2061. — La déclaration par testament qu'une dette a été payée est-elle révocable? 2063.

Réduction. Réduction des dons et legs excédant la quotité disponible.

§ 1er. Quels actes et dispositions sont susceptibles d'être attaqués par l'action en réduction.

Ancien droit. II, 892.—Différence entre la réduction et le rapport. 894. — Toutes les donations y sont sujettes, ainsi que les aliénations à titre onéreux qui dissimulent une donation. 894, 895. — *Quid*, des dons rémunératoires et de ceux avec charge? 896, 897. — Du legs causé pour restitution. 898. — Des donations pour cause de dot. 899. — De la dot pour entrer en religion. 900. — Des donations dont il est question aux art. 1496 et 1527 du Code. 901, 902. — De la réduction en matière d'institution contractuelle. Voy. *Institution contractuelle*, § 6.

De la réduction en matière de donation entre époux. Voy. *Donation entre époux*.

Des questions transitoires relatives aux changements de la quotité disponible. 904, 905. — C'est à l'enfant qui attaque à prouver qu'il y a excès. 907.

Epoque de l'ouverture de l'action en réduction. 813.

§ 2. Par qui peut être demandée la réduction. 908. — Les créanciers du *de cujus* ne peuvent ni la demander ni en profiter. 912. Non plus que les donataires et légataires. 913. — Conséquence en ce qui concerne les créanciers de la succession qui prétendraient exercer un recours sur la chose retranchée ou contre le réservataire demandeur en réduction. Voy. *Infra*, § 7. — De l'action en réduction exercée par les ayants cause du réservataire. 930. — Du droit de l'enfant naturel reconnu. 931. — De l'enfant légitime ou adopté. 933.

Fins de non-recevoir opposables à l'enfant qui demande la réduction. — *Quid* de l'action prématurée ? 934, 935. — La renonciation à la succession doit-elle être considérée comme renonciation à la légitime? 936. *Quid* de l'exécution des donations? 937. De la réception d'un legs. 938. — Le réservataire peut-il, à l'égard du légataire universel, cumuler les qualités de réservataire et de légataire ? 937. *Quid* de l'héritier qui s'est mis en possession sans inventaire? 949. — De la prescription. 741, 942.

§ 3. Contre qui peut être demandée la réduction? Exceptions du tiers détenteur. — L'action peut être dirigée non-seulement contre les donataires directs, mais encore contre les tiers détenteurs. II, 1027 — L'action contre les tiers détenteurs n'est recevable qu'après discussion des biens des donataires? 1028, 1029, 1030. — Le tiers acquéreur peut offrir au légitimaire une somme d'argent au lieu du corps héréditaire. 1031. — De l'ordre que le légitimaire est tenu d'observer dans la discussion. 1032. — Le tiers détenteur ne peut invoquer que la prescription de 30 ans à partir du décès du donateur. 1033, 1034. — *Quid*, si le donataire n'avait vendu la chose donnée que depuis le décès du donateur ? 1035.

§ 4. Mode de détermination de la réduction des donations excessives. — Fixation de la quotité disponible. La quotité disponible est corrélative à la masse existante au jour de l'ouverture de la succession. II, 943. — L'art. 922 détermine la quotité disponible aussi bien en faveur de l'étranger donataire ou légataire qu'en faveur des réservataires. 978.

1re opération. *Réunion fictive* de tous les biens donnés, après déduction des dettes. 944 à 946.

2e opération. *Composition de la masse* active. 947. — Des créances. 948 à 951. — La chose frappée d'un droit de retour au profit de l'ascendant donateur doit-elle être comprise dans la masse de la succession du fils? — Distinction. 952, 953. — Quels fruits entrent dans la masse. 954. — Estimation de la valeur de la masse active. 955.

3e opération. De la *masse passive*. — La réserve de l'enfant naturel n'y doit pas figurer. 957. — Rapport fictif des donations et des dots. 958, 959, 960. — *Quid*, si le fils, en rapport d'affaires avec son père, a fait faillite et obtenu un concordat? 962, 963. — *Quid*, à l'égard des biens survenus après un partage anticipé? 964 à 967. — Estimation des biens donnés, d'après leur valeur au moment du décès. 968. — Conséquences quant aux améliorations et aux détériorations. 969 à 977. — *Quid*, si des avancements d'hoirie ont été faits à quelques-uns des enfants et si la quotité disponible a été léguée à un autre enfant, celui-ci pourra-t-il exiger le rapport des donataires en avancement d'hoirie? 979 à 987. — De l'imputation dans le cas où les dons en avancement d'hoirie excèdent la quotité disponible. 988, 989. — *Quid*, si le légataire de la

quotité disponible est un étranger? 990. — *Quid* de l'enfant donataire qui renonce? 991, 992.

§ 5. Ordre dans lequel les libéralités doivent être réduites.

1° *Les dispositions testamentaires.* II, 933.—La réduction s'opère par contribution. 1013. — Le Code ne distingue pas entre les legs universels et les legs particuliers. 1015. — Lorsque la valeur des donations entre-vifs absorbe la quotité disponible, toutes les dispositions testamentaires sont caduques, 1011, pourvu toutefois que ces donations constituent un emploi de la portion disponible. 1012.—Comment se calcule la réserve et se prennent les legs sur la succession. 909.

2° *Les donations entre-vifs.* — Difficultés, dans l'ancien droit, sur la question de savoir si la réduction devait avoir lieu par contribution. — Le Code veut que le retranchement frappe les plus récentes. 995. — *Quid*, si la chose, objet de la plus récente donation, a péri par la faute du donataire insolvable? 996, 997. — *Quid*, si c'est le premier donataire qui est insolvable? 998. — *Quid*, si le donataire a vendu la chose donnée? 999. — Cas exceptionnel. 1000. — Erreur des auteurs qui enseignent que les donations en avancement d'hoirie doivent subir la réduction d'après la date des renonciations. 1001. — *Quid*, dans le cas où plusieurs donations ont été faites le même jour? 1002. — Dans quel ordre la donation entre époux est-elle réductible? IV, 2658.

§ 6. De quelle manière s'opère le retranchement.

Il se fait de droit en nature, II, 1003.—Le réservataire doit le rapport en nature de ce qui excède la quotité disponible. Exception. 1004, 1010. — Examen et réfutation de diverses interprétations auxquelles l'art. 924 a donné lieu. II, 1006, 1007. — Le père de famille ne peut forcer ses héritiers à déroger à la disposition de l'art. 924. 1008, 1009.

§ 7. *Des effets de la réduction.* — La portion retranchée qui passe dans les mains du réservataire n'est point sujette aux dettes du défunt. 910, 911.— Il n'a pas besoin, pour se garantir du recours de celui qui a subi le retranchement, d'accepter sous bénéfice d'inventaire. 914. — Il ne faut même pas être nécessairement héritier pour intenter l'action en réduction. — Réfutation de l'opinion contraire. 915 à 926. — Donc, l'enfant n'a pas à craindre que la prise de sa réserve par voie de réduction n'expose ses propres biens aux poursuites des créanciers de son père. 927. — *Quid*, si, un enfant ayant composé la réserve avec les réductions, on vient à découvrir postérieurement des biens dépendant de la succession? 928. — Toutes les charges imposées par le donataire sur la chose retranchée s'effacent complétement. 1021, 1025, 1026. — Le donataire est tenu de restituer les fruits. 1018 à 1820 et 1022. — L'action pour faire courir les fruits réfléchit-elle contre les tiers détenteurs? 1021.

Remise de dettes. La remise de dettes, genre de libéralité entouré d'une faveur particulière, n'est assujettie à aucune formalité spéciale. I. 49. — Principes du dépôt appliqués à une remise de dette par fidéicommis. — Arrêts de la cour de Paris et de la cour de cassation. III, 1076, 1077. *Quid*, si la remise de la dette a lieu par une quittance fictive? 1078.

Rente viagère. Le legs successif d'une rente viagère constitue-t-il une substitution prohibée? I, 134. — Du legs ou de la donation d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité disponible. — Option laissée au réservataire. II, 832 à 838. — Des moyens tentés par la jurisprudence pour évaluer un usufruit ou une rente viagère. 839. — Conséquences de l'abandonnement

fait au légataire de la quotité disponible. 842, 843. — *Quid*, des biens aliénés à charge de rente viagère à l'un des successibles en ligne directe? Voy. II, 846 et suivants, et *Quotité disponible*. — En cas de révocation de donation par survenance d'enfant, le donataire évincé doit-il être indemnisé si la donation a été faite à charge de payer une rente viagère? III, 1414. — De quelle époque courent les fruits ou intérêts d'une chose léguée à titre d'aliments? IV, 1889 à 1093. — Du don ou du legs d'une rente viagère par un conjoint à son conjoint par contrat de mariage ou pendant le mariage. — De quelle manière la libéralité, si elle est excessive, devra-t-elle être réduite? 2573, 2574. — Il n'y a point donation mutuelle dans l'achat avec les valeurs de la communauté d'une rente viagère réversible sur la tête du survivant des époux. 2694.

Répudiation. De la différence entre la donation et le legs quant à l'acceptation. IV, 2147. — De la faculté de répudier une hérédité en droit romain. 2148.

Des conditions nécessaires pour pouvoir répudier une libéralité. — 1° Il faut que les choses soient entières, c'est-à-dire qu'il n'y ait pas eu acceptation expresse ou tacite. I, 64 à 70 et IV, 2149, 2150. — Quelles personnes pourraient néanmoins revenir sur leur acceptation? 2151. — 2° Il faut que l'échéance soit arrivée, 2152, — que la répudiation ait lieu pour le tout. 2153.

Quelles personnes peuvent répudier? 2154. — Par quels actes on peut répudier, 2155. — De la renonciation tacite; jurisprudence. 2156, 2157. — Le légataire peut-il retirer sa renonciation? 2158. — Les créanciers du légataire peuvent être admis à accepter la libéralité à laquelle il a renoncé. 2159. — Lorsque l'héritier institué répudie et que la succession passe à l'héritier *ab intestat*, ce dernier est-il tenu d'accomplir les conditions et charges portées au testament? I, 421, 422.

Réserve. § 1er. Observations générales. — Droit ancien. — Droit nouveau. — La réserve prend sa source dans le droit naturel. II, 737, 826. — Définition des mots *légitime* et *réserve*. 738. — Réflexions préliminaires. — Du droit de disposer à titre gratuit en droit romain. — La légitime est considérée par Justinien comme une prélibation de l'hérédité. 739 à 741. — Elle était proportionnée au nombre des enfants. 742. — Légitime des ascendants en droit romain. 743. — *Quid*, en ligne collatérale? 744, 831. — Jurisprudence romaine adoptée en France dans les pays de droit écrit. 745. — Ce qu'était la portion disponible dans les pays coutumiers. 746. — Raison de la différence du chiffre de la réserve suivant les coutumes. 747. — Du droit d'exhérédation. 748. — Les ascendants n'avaient point de légitime en pays coutumiers. 749. — De la réserve que la plupart des coutumes admettaient pour les collatéraux. 750. — Lois de la révolution. — Abolition de l'exhérédation. — Loi de nivôse. 752. — Loi du 4 germinal an VIII. — Idée mère de cette loi. — Discussion du Code au conseil d'État. 753 à 762. — Débats sérieux qui s'étaient élevés sur la légitime des frères et sœurs. 763, 831. — De la réserve au profit de la veuve dans le droit romain. 764. — De la réserve de l'époux survivant sous le Code. 765. — La réserve est considérée comme une dette dans notre droit actuel. II, 766, 826. — La réserve légale forme seule l'hérédité. 767. — Dans le droit coutumier la légitime n'était que *portio portionis*. — Sous le Code elle est *portio hæreditatis*. 768. — La réserve doit être franche et exempte de charges et conditions. 827. — Cas où l'indisponibilité établie en faveur des enfants

pourrait leur être contraire. 828.

§ 2. De la réserve des enfants. — Diverses espèces d'enfants entre lesquels il faut distinguer pour supputer la quotité disponible. 770. — 1° De la réserve des enfants légitimes. 769. — Sont compris sous le nom d'enfants les descendants à quelque degré que ce soit, mais ils ne sont comptés que pour l'enfant qu'ils représentent. 797. Des enfants que le père a réduits à la simple légitime pourraient-ils par cela seul intenter l'action *ab irato* contre son testament? 829. — La disposition par laquelle un père déclarerait réduire ses enfants à la simple légitime, sans disposer de la quotité disponible, n'aurait aucun effet. 830.

2° Des droits des enfants naturels. Voy. *Enfants naturels*.

3° L'enfant adoptif est assimilé par la loi à l'enfant né en mariage. 781.

4° De l'enfant légitimé par mariage subséquent. 783.

L'enfant absent au moment de l'ouverture de la succession fait-il nombre pour la computation des réserves? 782. — Les renonçants font-ils nombre pour déterminer la quotité disponible? 784. — Qui doit profiter de leur part? 785. — *Quid* de l'enfant mort civilement? L'enfant qui renonce à la succession de son père pour s'en tenir au don qui lui a été fait, peut-il retenir à la fois la quotité disponible et la réserve? Dissentiment profond des auteurs. — Variation de la jurisprudence. — Arrêt de Mons. — Retour de la cour de cassation. 786 à 793.

§ 3. De la réserve des ascendants. Voy. *Ascendants*.

Retour. Voy. *Droit de retour*.

Révocation. § 1er. Révocation des donations entre-vifs. — Observations générales sur les causes de révocation indiquées par l'art. 933 du Code. III, 1284 à 1286.

1re cause de révocation. — Inexécution des conditions. — De la nature de l'obligation dont l'inexécution peut faire résoudre la donation. 1287 à 1294. — Quand y a-t-il lieu à demander cette révocation et de quelle manière? 1295 à 1298 et 1322. — Quels effets elle produit. 1299. — L'action révocatoire peut être exercée par les héritiers du donateur. 1300. — Les tiers détenteurs sont soumis à cette action. 1301. — Le donateur qui a une action réelle n'a point de privilége sur la chose donnée. 1302. — De la prescription de l'action en résolution. 1303.

2e cause. L'ingratitude. Voy. *Ingratitude*.

3e cause. La survenance d'enfants. Voy. *Survenance d'enfants*.

§ 2. Révocation des dispositions testamentaires. — Du droit de révoquer un testament. — De la clause dérogatoire. IV, 2045.

1° De la *révocation expresse*. 2046. Droit romain et ancien droit français. 2047, 2048. — Sous le Code. 2049. — Le testament postérieur nul, qui contient la révocation, a-t-il cependant l'effet d'anéantir le 1er testament? — Controverse sur cette question. 2050. — *Quid*, d'un acte olographe écrit, daté et signé de la main du testateur et contenant seulement une clause de révocation? 2051. — Nécessité de la présence du notaire en second dans les actes de révocation. 2052. — *Quid*, de la révocation contenue dans une donation qui ne serait pas acceptée? 2053. — Des reconnaissances de dettes contenues dans un testament. 2054. — Un contrat peut trouver place dans un testament, et subsister nonobstant la révocation du testament. 2065. — La révocation du testament entraîne-t-elle la révocation de la reconnaissance? 2056, 2060. — La reconnaissance, en ce cas, peut-elle servir de commencement de preuve par écrit? 2061. — La déclaration que la dette du testateur a été payée est-elle révocable? 2062, 2063. — Enonciations des-

quelles on peut irrésistiblement induire la révocation par changement de volonté. 2064. — Un testateur peut-il faire revivre un testament révoqué par un second, en se bornant à révoquer ce second testament? 2065.

2° De la *révocation tacite*. — Droit romain et ancien droit français. IV, 2066, 2067, 218, 2119, 2120. — La révocation tacite ne s'applique qu'aux dispositions du premier testament qui sont incompatibles avec les dispositions d'un second ou qui y sont contraires. 2068. — C'est une simple question de fait à juger par le magistrat. 2069. — Exemples. 2070. — Distinctions à faire pour apprécier s'il y a incapacité. 2071 à 2078. — De la révocation lorsque le testateur a exécuté le legs de son vivant. 2079 à 2081. — *Quid* de la révocation expresse ou tacite faite dans un testament postérieur lorsque le nouvel acte reste sans exécution par l'incapacité ou le refus de l'héritier institué ou du légataire? 2082, 2083. — *Quid*, en cas de prédécès du légataire ou s'il avait encouru l'indignité? 2084.

L'aliénation par le testateur de la chose léguée constitue une révocation tacite. 2085, 2086. — *Quid* de l'aliénation nulle? 2087, 2092. — Si la chose léguée devient l'objet d'une donation qui n'est point acceptée? 2088, 2089. — *Quid*, si la donation était faite à la personne désignée par le testament? 2090, 2091, 2092. — *Quid*, si la chose aliénée revient dans les mains du disposant? 2093. — L'art. 1038 ne concerne pas le legs universel. 2094. — Quelles aliénations ont l'effet de révoquer une disposition testamentaire? — Exemples. 2095 à 2098. — Du caractère de l'aliénation révocatoire. — Exemples. 2099 à 2101.

Causes autres que l'aliénation qui révoquent le legs. 2102. — *Sic*, lorsque le testateur fait cesser le motif dont il avait fait dépendre sa libéralité. 2103 à 2105. — De la condition apposée au legs et remplie par le testateur. 2106. — De la révocation par la rature, la lacération et la rupture des sceaux. 2107 à 2113. — Le testateur peut-il exiger du notaire la remise de son testament par acte public, pour l'anéantir? IV, 2114, 2115. — *Quid* du testament mystique? 2116, 2117.

3° De la révocation *pour inexécution des conditions*. 2192, 2193. — Cette action peut être exercée par toute personne ayant intérêt. 2194.

4° De la révocation pour cause d'*ingratitude*. Voy. *Ingratitude*.

4° *De l'ancienneté du testament*. — Elle était, en droit romain, une preuve de révocation après dix années de date. — *Secus*, sous le Code. 2120.

6° Révocation *pour cause de survenance d'enfants*. Voy. *Survenance d'enfants*.

S.

SAISINE. Etat de la législation ancienne soit romaine, soit coutumière sur la manière dont les successions se trouvaient déférées par testament. III. 1434 à 1438. — Coup d'œil sur les principes du droit romain en matière d'hérédité. — Héritiers nécessaires. IV. 1806. — Héritiers siens. 1807. — Héritiers siens et nécessaires. 1808. — Héritiers étrangers. 1809. — De l'adition d'hérédité, de la crétion. 1810. — De la gestion comme héritier. 1811. — Modification de la législation romaine sur l'adition d'hérédité. 1812. — En France le *mort saisit le vif*, était et est encore le droit commun. 1813. — Différence entre la propriété et la saisine. 1875. — Règles établies par le Code assurant la saisine aux *héritiers du sang*. 1439. à 1400. — IV. 1791. — Le testament ne peut les priver de la saisine. 1792. — Du droit de saisine conféré aux héritiers naît l'obligation pour le légataire, même universel, de demander la délivrance. Voyez *Délivrance*.

De la saisine du *légataire universel* lorsqu'il n'y a point de réserva-

taires. — Difficulté lorsque le défunt laisse un aïeul et des frères et sœurs. 1814. — Si la disposition est soumise à une condition suspensive, le légataire universel n'est pas saisi de plein droit. 1815. — Il doit se faire envoyer en possession par le juge, lorsque le testament étant olographe ou mystique, il n'y a point de réservataires. IV. 1822 à 1825. — De l'opposition des héritiers à cet envoi. 1826. — Du droit et du devoir du juge. — Diverses hypothèses. 1827 à 1133 — Des mesures conservatoires que peut prendre l'héritier. 1834. — Quand commence la jouissance du légataire universel. 1799 à 1804.

Du légataire à titre universel. La loi ne lui donne point la saisine. *Legs à titre universel*.

Le légataire à *titre particulier* ne l'a point non plus. Voyez *Legs particulier*.

Le donataire universel n'a pas besoin de demander la délivrance. — Il est saisi par son contrat. — Conséquences. 2128 à 2130.

SECONDS MARIAGES. Dispositions permises soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, à l'époux ayant un ou plusieurs enfants d'un 1er lit en faveur de l'autre époux. Voy. *Donation entre époux*.

SÉPARATION DE CORPS. La séparation de corps fait-elle tomber les donations entre époux? III, 1361 à 1363. — Opère-t-elle la révocation des libéralités testamentaires faites à l'époux contre lequel elle a été prononcée? IV, 2197. — En ce cas la séparation opère-t-elle de plein droit la révocation? — Arrêt de la cour de cassation. 2198.

SÉPARATION DE PATRIMOINES. Du droit accordé au légataire de demander la séparation des patrimoines contre l'héritier débiteur du legs. IV. 1929. — En cas d'insolvabilité de la succession, les légataires ne reçoivent leurs legs qu'autant que les créanciers sont désintéressés, — pourvu que ceux-ci aient demandé la séparation des patrimoines. 1985, 1986. — Du cas où cette séparation a lieu de plein droit. 1987.

SOURD-MUET. Le sourd-muet peut tester olographiquement. II, 537, — mais non par acte devant notaire. 537 et III, 1137, 1449. — Le muet, sachant écrire, peut tester en la forme mystique. — Formalités. 1664 à 1667. — *Quid*, si l'impossibilité de parler n'a été qu'accidentelle? 1668.

Le sourd-muet peut-il faire une donation entre vifs s'il sait écrire? II. 528. — Le pourra-t-il par signes s'il ne sait pas écrire? 539. *Quid*, quant à l'acceptation de la donation faite à un sourd-muet qui ne sait pas écrire? III, 1138.

Le muet peut-il être témoin? 1679.

SUBSTITUTIONS. Considérations générales. — De l'influence des substitutions sur les familles nobles de l'ancien régime. — Réfutation de l'opinion de Montesquieu sur leur utilité dans les monarchies. — Le Code a sapé cet édifice colossal. I, 86, 87, 88. — Une loi du 17 mai 1826 qui faisait revivre, quoique avec réserve, le pouvoir de substituer en ligne directe, a été abrogée le 7 mai 1849. 171.

§ 1er. Substitutions prohibées par le Code.

1° *Substitution fidéicommissaire* qui impose à l'héritier institué l'obligation de conserver et de rendre à un second héritier. I, 89, 90. — Ce que les fidéicommis étaient à Rome sous la République; — sous Auguste. — Ce qu'ils devinrent sous le régime féodal. — Ordonnances de 1847. 91 à 99. — Caractères des substitutions fiduciaires. 92. — Distinctions des fidéicommis par rapport à l'époque de leur ouverture. — Fidéicommis pur. 93, 94, 102, — avec un terme ou conditionnel. 95, 96, 103. — Du fidéicommis *quum moriatur*. 97. — C'est à ce genre de fidécommis que se rapportent chez nous les substitutions prohibées. 98 à 101. —

Quels caractères doit présenter la substitution pour rentrer dans la prohibition de l'art. 896? 102 à 105. — En résumé le signe distinctif consiste dans l'ordre successif que la disposition a pour but d'établir. 106 à 115. — De quelles circonstances résulte l'ordre successif. 107, 108, 109. — Des termes ordinairement employés pour faire une substitution. 110 à 114.

De l'interprétation des dispositions fidéicommissaires. 116.

Ire Règle. Si la clause est susceptible de deux interprétations, il faut choisir celle qui ne présente pas de substitution. 117, 118. — Application de cette règle à la substitution appelée dans l'ancien droit *compendieuse*. Voy. *Substitution compendieuse*. — A la substitution réciproque. Voyez. *Substitution réciproque*. — Autres exemples. 123 à 127. — *Quid*, de la clause aléatoire par laquelle plusieurs propriétaires d'un immeuble conviennent de le posséder en commun ou divisément, avec la clause que la part de chaque prémourant accroîtera successivement aux survivants. 128. — De la clause *de eo quod supererit*. — Divergence des auteurs et des arrêts. 129 à 132. — De plusieurs legs successifs du même usufruit. 133. — Des rentes viagères léguées successivement à plusieurs personnes. 134. — De la prohibition d'aliéner imposée par le testateur. 135, 136. — De celle de tester. 137. — Espèce dans laquelle un legs de libération était attaqué comme contenant une substitution déguisée. — Caractère du legs de libération. 138 à 153. — De la faculté d'élire dans ses analogies avec la substitution prohibée. 154. — De la clause d'association dans une institution contractuelle. 155.

Seconde règle d'interprétation. Lorsque l'acte renferme nécessairement la charge de conserver et de rendre, bien qu'elle ne soit pas littéralement exprimée, il n'y en a pas moins substitution. 117, 156. — Application de cette règle. — Du legs sous condition suspensive employée pour dissimuler un fidéicommis. 157 à 160. — De la condition résolutoire. 161. — Du droit de retour stipulé dans le même but. 162 à 167. — De la disposition qui donne l'usufruit à l'un, la nue propriété à l'autre. 185, 186.

Effets de la nullité de la substitution. — 1° L'institution principale et celle qui en est la charge sont nulles en entier. 164. — Si la substitution ne porte que sur la partie des biens donnés, la nullité ne frappe pas l'autre partie. 165, 166. — Utilité de distinguer si la disposition est une substitution ou seulement une disposition contraire aux lois. 167.

2° *Substitution exemplaire*. Sa définition. — Admise par le droit romain et en France dans les pays de droit écrit, elle est abolie par le Code. 175, 182.

2° *Substitution pupillaire*, également abrogée par le Code 175, 182.

§ 2. Substitutions non atteintes par le Code.

1° *Substitution compendieuse*, admise dans l'ancienne législation. — Cette substitution qui renfermait à la fois une substitution vulgaire et une substitution fidéicommissaire, n'est maintenue par le Code qu'avec de graves modifications. 119, 120, 121, 124, 175, 184.

2° Substitution dans les fondations de majorats. Voy. *Majorats*.

3° Substitution dans les cas prévus par les art. 1048 et 1049 du Code Napoléon. Voyez *Substitution officieuse*.

4° *Substitution réciproque*, maintenue par le Code avec de graves modifications. 175, 183. — Exemple d'une substitution réciproque. 122.

5° *Substitution vulgaire*. La substitution ainsi nommée dans l'ancien droit est autorisée par l'art. 898 du Code Napoléon. 89 et 173 à 177. — Conséquence de l'acceptation du 1er héritier. — Conséquence de son

refus. 178. — *Quid,* si l'héritier mineur qui a accepté se fait restituer contre son acceptation? 179. — *Quid,* dans le cas où l'héritier est repoussé pour indignité? 180.

SUBSTITUTION OFFICIEUSE. Cette substitution fait l'objet du chapitre VI du titre des donations et testaments sous la rubrique : *Dispositions permises en faveur des petits-enfants du donateur ou testateur ou des enfants de ses frères et sœurs.* — Considérations sur cette substitution. IV. 2210. — Conditions exigées par le Code. 2211. — Lois des 17 mai 1826 et 11 mai 1849. 2212. — Quelles personnes ont le droit de substituer? 2213. — Conditions auxquelles les frères et sœurs peuvent substituer. 2214. — Quand la condition de *mort sans enfants* est-elle remplie? — *Quid,* si le substituant laisse un enfant naturel reconnu? 2216 à 2218. — De l'enfant adoptif. 2219. — *Quid,* des enfants renonçants ou indignes? 2220. — Des personnes en faveur desquelles peut être imposée la charge de rendre. — Des enfants à naître. 2221, 2222.—La charge doit être faite au profit de tous les enfants, sans exception. 2223. Cas dans lequel la représentation est autorisée. 2228, 2229. — L'inobservation d'une seule des conditions prescrites entraînerait la nullité de la disposition pour le tout. 2225. — Si la quotité disponible a été dépassée la disposition est seulement réductible. 2226, 2227. — La réserve doit rester intacte. — *Quid,* si le donataire par acte entre-vifs, sans charge de restitution, accepte une nouvelle libéralité faite sous la condition que les biens précédemment donnés demeureront grevés de cette charge? 2230 à 2235.

De l'ouverture du droit des appelés. IV. 2236. — Différence entre le grevé et l'usufruitier quant à la jouissance. 2237. — Causes involontaires de cessation de jouissance du grevé donnant ouverture au droit des appelés. 2238.—Du cas de survenance d'enfants. 2239. — *Quid,* si la jouissance du grevé cesse par la révocation de la donation? 2240. — La donation est révocable pour les mêmes causes à l'égard des appelés qu'à l'égard des grevés. 2241. — L'enfant qui naît postérieurement à l'ouverture du droit des appelés n'est pas exclu de la substitution. 2242. Hors ce cas, les droits des appelés restent fixés à ce qu'ils étaient au moment de l'ouverture. 2243.—De la cessation de la jouissance du grevé par sa propre volonté. — De l'abandon anticipé 2244, 2245. — De l'ouverture des droits des appelés dans le cas de caducité de la disposition faite au grevé. 2246. — Du prédécès, de l'incapacité et de la répudiation du grevé, quand il s'agit d'une disposition testamentaire. 2247. — *Quid,* dans le cas de donation? 2248.—Les créanciers du grevé peuvent-ils attaquer une renonciation? 2249.

Du recours subsidiaire qu'il peut être permis d'accorder à la femme du grevé, dans certains cas, sur les biens substitués. — Restrictions. 2250 à 2254.

Mesures à prendre dans l'intérêt des appelés.

Du tuteur à la substitution; il peut être nommé par le disposant. 2255 à 2257. — A défaut de nomination par le disposant, par qui et comment et dans quel délai doit-il être pourvu à cette nomination? 2258, 2259. — De la déchéance du grevé lorsqu'il n'a pas requis cette nomination. 2260, 2261. — *Quid,* lorsque le grevé n'a pas d'enfants ou lorsqu'il est mineur? 2262, 2263.

De l'inventaire après le décès du disposant.—Par qui peut-il être requis? — Dans quel délai doit-il être fait? — Formalités à observer. — Ce qu'il doit contenir.—Des frais de cet inventaire. IV, 2264 à 2271. — *De la vente du mobilier.* 2272, 2273. — Quels meubles peuvent ne pas être compris dans la vente. 2274 à 2277. — *De l'emploi* des

deniers comptants, de ceux provenant soit de la vente du mobilier, soit du recouvrement des effets actifs et des remboursements de rentes. 2278 à 2281.

De la transcription des substitutions. Voy. *Transcription*. — De la responsabilité du tuteur à la substitution. 2291. — Si le grevé est mineur, il ne peut, même dans le cas d'insolvabilité de son tuteur, être restitué contre l'inexécution des règles à l'observation desquelles le tuteur était tenu de veiller. 2292.

Survenance d'enfants. De la survenance d'enfants considérés comme cause de révocation des donations entre-vifs (art. 960 et 961 du Code), droit romain sur cette matière. III, 1364. Fondement légitime de cette révocation. 1365 à 1368.

§ 1er. Quels sont les enfants dont la naissance fait révoquer la donation? Des enfants légitimes et de ceux légitimés depuis la donation. 1369 à 1371. — *Quid* des enfants naturels? 1372. — Il faut, en outre, que les enfants dont la survenance opère la révocation soient nés viables. 1374, 1375. — L'enfant conçu au moment de la donation n'est point réputé né. 1376. — La survenance d'enfants nouveaux n'est point une cause de révocation lorsqu'il en existait déjà au moment de la donation. 1377. — *Quid* de la donation faite par un père dans la fausse opinion de la mort d'un fils absent? 1378. — Le donateur dont le fils unique, au moment de la donation, serait mort civilement, serait-il réputé sans enfants? 1379. — La naissance d'un enfant légitime fait-elle évanouir la donation faite à une époque à laquelle le donateur avait un enfant naturel? 1380. — *Quid*, si la donation a été faite non à l'enfant naturel, mais à un étranger? 1381. — L'enfant né d'un mariage nul par l'incapacité de l'un des contractants et légitimé par la bonne foi de l'autre, donne-t-il lieu à la révocation? 1382. — Le donataire peut repousser l'action en prouvant la fraude d'une prétendue filiation légitime. III, 1383.

§ 2. Quelles donations sont révocables pour cause de survenance d'enfants? — Des donations pour cause pie dans l'ancien droit. 1384. — La loi *Si unquam* était-elle applicable aux donations à cause de mort, aux donations mutuelles, aux donations par contrat de mariage, etc.? — Dissentiments. 1385, 1386. — L'ordonnance de 1731 soumit à la révocation toutes les donations quelconques. 1387. — Le Code n'admet d'exception qu'en faveur des donations à cause de mariage faites entre les conjoints ou par leurs ascendants. 1388. — La donation entre futurs époux n'est pas révocable par la survenance d'enfants. 1389. — *Quid*, de la donation faite par un père à son fils unique, s'il survient d'autres enfants? 1390. — *Quid*, du cas où l'ascendant aurait donné à sa bru ou à son gendre par contrat de mariage? 1391. — *Quid*, des donations mutuelles? — Définition et caractère de ces sortes de donations. 1392 à 1395. — Des donations avec charges. 1396. — Des donations rémunératoires. 1397. — Des remises de dettes et renonciations à des droits acquis. — Distinction. 1398, 1399. — Des donations déguisées sous la forme de contrats onéreux. 1400. — Des dispositions réglées par l'art. 1840 du Code. 1401. — La donation par contrat de mariage de futur à futur n'est point révocable pour survenance d'enfants, IV, 2525, — ni celles qui se font pendant le mariage. 2676.

§ 3. Des personnes auxquelles appartient l'action en révocation. III. 1408.

§ 4. Effets de la révocation. La révocation a lieu de plein droit. 1404. — Le donateur ne peut y renoncer de manière à préjudicier à l'enfant à naître. III, 1405. — Il peut disposer de nouveau de la chose, même à titre gratuit. 1406. — Peu importe

que le donataire soit entré en possession et y ait été laissé depuis la survenance d'enfant. 1409. — Mais jusqu'à la notification de la naissance de l'enfant, le donataire fait les fruits siens. 1410, 1413. — Forme de la notification. — Elle ne saurait être remplacée par des équipollents. 1411, 1412. — Le donataire évincé doit-il être indemnisé si la donation a été faite à la charge de payer une rente viagère? 1414. *Quid*, quant aux fruits lorsque la chose donnée est passée aux mains d'un tiers détenteur? 1412. — De la prescription de l'action en révocation pour cause de survenance d'enfant. 1421 à 1427.

§ 5. Des dispositions testamentaires. La survenance d'enfant est-elle une cause de révocation des dispositions testamentaires? *Quid*, en droit romain? IV, 2119. — *Quid*, sous le Code? Distinction. IV, 2206. — *Quid*, si le testateur n'ayant pas d'enfants, il lui en est survenu depuis le testament et avant son décès? 2207. — *Quid*, s'il est décédé n'ayant pas d'enfants, mais sachant que sa femme était enceinte? 2208. — *Quid*, s'il est décédé ignorant la grossesse de sa femme? 2209.

Survie. La donation entre-vifs de biens présents, faite entre époux, par contrat de mariage, n'est point censée faite sous la condition de survie. IV, 2527. — De la condition de survie expressément stipulée. 2529. — Elle peut s'induire des circonstances, 2530. — Caractère de cette stipulation. — Conséquences. 2532, 2536. — De la donation d'une somme à prendre par l'époux survivant. 2545. — De la renonciation anticipée aux gains de survie entre époux sur des biens à venir. — Distinctions. 2546 à 2552.

T.

Témoins instrumentaires. *Observations générales.* — La présence de témoins est nécessaire pour le testament par acte public et pour l'acte de suscription du testament mystique. III, 1669. — Le choix appartient au testateur, et néanmoins, en cas d'incapcité de l'un d'eux, la responsabilité du notaire peut être engagée. 1670.

De l'époque à laquelle on doit considérer la capacité du témoin. 1684. — Le témoin est toujours présumé idoine. — Conséquences. 1685. — De la capacité putative dans les témoins. 1686 à 1688.

De l'incapacité absolue d'être témoin instrumentaire dans les testaments ci-dessus. — Les femmes ne peuvent être témoins. 1672, — ni les mineurs. 1673. — Le témoin doit être sujet de l'empereur. — Sens des expressions *républicole, regnicole, sujet.* 1674. — Sens du mot *citoyen français* employé dans la loi de ventôse. 1675. — Le témoin doit jouir de ses droits civils. — Peines qui empêchent le condamné d'être témoin. 1676. — De l'incapacité, dans l'ancien droit, des moines, etc. 1677. — De l'interdit pour cause de fureur ou d'imbécillité. — Des sourds et des aveugles. 1678. — *Quid* des muets? 1679. — Les témoins doivent être connus. 1680. — *Quid* de ceux qui ne savent pas signer? 1682. — De ceux qui n'entendent pas la langue du testateur? 1524, 1636.

Incapacité relative. — De certaines incapacités relatives en droit romain et en droit coutumier. 1598. — Le Code a adopté la disposition de l'ordonnance de 1735, qui prononçait l'exclusion de tous les légataires comme témoins intéressés. 1599. — *Quid*, si les témoins n'étaient intéressés que *ut universi?* 1600. — De l'exécution testamentaire. 1601. — Des parents des personnes intéressées. 1602. — Des parents et alliés du testateur. 1603. — Des domestiques soit du légataire, soit du testateur. 1604. — Des parents, alliés, clercs et domestiques du notaire. 1605, 1606. — La disposition de l'art. 974 relative aux témoins qui ne savent pas si-

gner n'est point applicable aux testaments mystiques, III, 1632, — ni la disposition de l'art. 975 qui exclut les légataires, leurs parents et alliés. 1633.

Du domicile des témoins. — La prescription de la loi de ventôse an XI n'est point applicable aux testaments. — Opinion contraire de Toullier repoussée par la jurisprudence. 1681.

De la nullité provenant de la présence d'un témoin intéressé. — Elle frappe le testament entier. 1607. *Quid*, si le legs fait au témoin était considéré comme nul et non avenu? 1608.

Les témoins instrumentaires peuvent-ils être entendus dans la procédure en faux qui serait dirigée contre le testament? 1567, 1568.

De la nécessité de la présence des témoins en ce qui concerne les testaments. Voy. *Testament par acte public*. — *Testament mystique*.

TERME. *Du terme apposé aux libéralités*. — Distinction dans le droit romain entre un terme certain et un terme incertain quant à l'institution d'héritier. 390, 391. — Cette distinction est effacée par le Code, les institutions d'héritier n'étant plus que de véritables legs. 392. — Du terme certain et du terme incertain. 393. — Différence entre le terme incertain et la condition. 394 à 397. Le jour incertain ne fait pas condition dans les contrats. 398, 399. — Le terme qui suspend le payement est censé apporté dans l'intérêt de l'héritier si le contraire ne résulte de la volonté du testateur. 400. — Exemples. 401. — Observations sur le sens de certains mots et de certaines formules employés dans les dispositions modales. — Voy. *Conditions*, § 9.

TESTAMENTS (DES). Caractère du testament. I, 7, 8. — Le testament appartient au droit naturel. — Réfutation de l'opinion contraire soutenue par Puffendorff, Montesquieu, Rousseau, Merlin, Mirabeau, Tronchet, etc., etc. 12 à 31. — Pourquoi le Code a fait précéder la matière des testaments par le titre des successions. 32, 33. — Coup d'œil sur l'ancienne législation. 35 à 50.

§ 1er. Règles générales sur la forme des testaments. — A Rome, la faction du testament était de droit public. — *Quid*, dans le droit français où le testament émane du droit naturel? 1428 à 1431. — Quant aux formalités, le droit de tester est soumis au droit civil. 1432. — Caractère de ces formalités protectrices. 1433. — Complication à cet égard dans la législation romaine. — Nécessité d'une institution d'héritier. — Simplicité de l'ancien droit coutumier français adoptée par le Code. 1436 à 1440.

Trois formes de testaments sont admises par le Code : le testament olographe. Voy. *Testament olographe*. — Le testament par acte public. Voy. *Testament public*. — Le testament mystique. Voy. *Testament mystique*.

Tout testament doit être fait par écrit. 1446. — Conséquences. — Le testament nuncupatif, admis à Rome et en usage en France jusqu'à l'ordonnance de 1731, est proscrit. 1447, 1448. — La preuve testimoniale n'est point admissible pour suppléer aux clauses d'un testament lors même qu'il y aurait commencement de preuve par écrit. 1450. — Exception au cas où il s'agit de démasquer une fraude à la loi, et au cas de destruction du testament par l'héritier *ab intestat* ou par force majeure. 1451 à 1453. — Peut-on tester par gestes ou par signes? 1449. — Ou par relation à un écrit non revêtu des formes testamentaires? — Distinction. 1454 à 1457. — Un testament ne peut non plus se référer à un testament antérieur nul en la forme. 1458. — *Quid*, si ce testament antérieur est sans effet par caducité ou par défaut de capacité de l'institué? 1459, 1460.

§ 2. De la nullité des divers testaments, résultant de l'inobservation

des formalités prescrites. III, 1740. — *Quid*, dans le doute sur l'exécution d'une formalité? 1471. — Le testament nul pour défaut de solennité ne peut produire aucun effet. 1742. — Pourquoi cependant le testament nul comme mystique peut valoir comme olographe. 1743. — De la durée de l'action en nullité. 1744. — La partie qui a approuvé ou exécuté un testament ou qui a transigé sur cet acte est-elle non recevable à l'attaquer? 1745, 1746. — De la renonciation implicite. 1747 à 1750. — Un testament nul pour défaut de forme ne peut être validé par aucun acte. 1751. — Produit-il une obligation naturelle? 1752.

TESTAMENT PAR ACTE PUBLIC. § 1er. Ce qu'est le testament par acte public. — Du testament par acte public en droit romain et dans les pays coutumiers. III, 1504. — Le Code Napoléon ne reconnaît plus que les notaires pour recevoir ce testament. 1506. — Portée du mot *testament* sous le rapport de la solennité. 1505. — Ce testament doit-il être fait, comme en droit romain, *uno contextu*? 1507. — Il en est gardé minute à peine de nullité. 1508.

§ 2. Formalités substantielles du testament par acte public. 1512. 1513.

Du notaire et de son ressort. 1514. — *Quid*, si le notaire est interdit de ses fonctions? 1515. — Pourrait-on appliquer à un notaire mineur la loi *Barbarius Philippus*. 1516. — Il ne doit avoir aucun intérêt dans les dispositions du testament. 1517, 1612, 1613. — Le notaire ne doit être parent d'aucun des légataires. 1610. — *Quid*, s'il ignorait cette parenté? 1611. Il faut qu'il reçoive l'acte comme notaire. 1518. — *Quid*, s'il avait négligé de mentionner son nom et sa résidence? 1519. — De la responsabilité du notaire. 1520. — Peut-il se dessaisir de la minute sur la demande du testateur? 1509. — Décision ministérielle quant à la délivrance des expéditions. 1510. — Le juge ne pourrait, contre le vœu du testateur, ordonner, de son vivant, la délivrance d'une expédition. 1511.

De la dictée du testament. — *Quid* de l'interrogation? 1521. — Présence des témoins, 1523. — Le notaire n'est pas tenu de reproduire identiquement les paroles du testateur, il peut même aider au développement d'une idée clairement exposée. 1523, 1524. — *Quid*, si le testateur a dicté en patois? 1525, 1526, 1527. — *Quid*, si en langue étrangère? 1529. — Les dispositions doivent être écrites à mesure qu'elles sont dictées. 1528.

De l'écriture. — Le notaire doit écrire lui-même. III, 1530. — S'il est reçu par deux notaires, ils peuvent alternativement écrire. 1531. *De la lecture* par le notaire au testateur. 1532. — Elle doit avoir lieu devant les témoins, 1533, 1534. — Capacité des témoins. Voy. *Témoins instrumentaires*.

De la mention expresse de l'accomplissement des formalités. 1535. — Sur quelles formalités doit porter la mention. 1536. — 1° Mention de la dictée. — Conséquences. — Cette mention peut être remplacée par un équipollent *adæquate et identice*. 1537 à 1540. — La mention de la dictée ne peut être détruite que par l'inscription de faux. 1541. — 2° Mention de l'écriture par le notaire. 1542. — Mais les équipollents sont aussi admissibles. — Exemples. 1543 à 1547. — Le notaire doit-il mentionner encore qu'il a écrit le testament *tel qu'il lui a été dicté?* 1548. — La place de la mention de l'écriture est indifférente. 1549. — 3° Mention de la lecture au testateur en présence des témoins. — Equipollents admis. — Jurisprudence. 1552 à 1562. — *Quid*, si la disposition non comprise dans la mention n'avait pour but que d'expliquer une disposition un peu obscure? 1563, 1564. — Toutes les mentions ci-dessus doivent être constatées par le notaire. 1565. — Lors-

que le testament les contient, on ne peut être admis à prouver autre chose que ce qu'elles énoncent sans inscription de faux. 1556. — Les témoins instrumentaires peuvent-ils être entendus dans la procédure en faux? 1567, 1568.

Les formalités prescrites par la loi du notariat sont applicables aux dispositions testamentaires. 1567. — Ce qu'elle exige au sujet des noms des témoins. III, 1570. — De l'indication du lieu de la passation de l'acte. 1571. — De l'énonciation de la demeure des témoins. 1572. — De la date, de l'année et du jour. — De l'erreur de date, de la surcharge, 1573, 1574, 1575. — La signature du notaire doit avoir lieu en présence du testateur. — Mais la mention de la signature est inutile. 1577.

Le testament nul comme acte public ne saurait valoir comme testament olographe. 1576.

De la signature du testateur. 1578 à 1580. — La mention de la signature est nécessaire. 1581 à 1583. — De la mention expresse de la déclaration du testateur qui ne sait ou ne peut signer. 1584. — La fausse déclaration faite à cet égard par le testateur vicierait-elle l'acte? 1585, 1586. — De la mention que doit faire le notaire à cet égard. 1587 à 1589. — *Quid*, si le testateur mourait avant d'avoir achevé de signer son nom? 1590. — La mention de ne pouvoir signer doit-elle être lue au testateur en présence de témoins. 1591.

De la signature des témoins. — Dans les villes tous les témoins doivent signer. — Dans les campagnes il suffit de la moitié. — Pourquoi? 1592, 1593, 1595. — Sens du mot *campagne*. 1594. — L'acte doit-il faire mention de la cause qui empêche les témoins non signataires de signer? 1696. — *Quid*, des signatures irrégulières? 1577.

De certaines incapacités relatives d'être témoin instrumentaire d'un testament. Voy. *Témoins instrumentaires*.

Testaments exceptionnels. Règles particulières à ces testaments.

§ 1er. Du testament militaire. Du testament militaire en droit romain. III, 1689. — Dans l'ancien droit français 1690 à 1693. — Ordonnance de 1735 sur le testament militaire. 1694. — Formalités prescrites par l'art. 981 du Code. 1695. — Ceux qui sont dans les armées peuvent tester militairement. 1696. — Même privilége peut-il être accordé dans certaines circonstances aux simples citoyens? 1697 à 1699. — Du cas où le testateur est malade ou blessé. 1700. — Pour pouvoir tester militairement il faut se trouver en expédition militaire sur un territoire étranger ou être enfermé en France dans une place assiégée. 1701, 1702. — *Quid*, si, la place étant assiégée, il y avait suspension d'hostilités? 1703. — Du temps pendant lequel ce testament conserve sa valeur. 1704, 1705.

§ 2e. Du testament fait en temps de peste ou autre maladie contagieuse. 1706 à 1709. — Compétence pour recevoir ces testaments, loi du 29 mars 1822. 1710. — Ce testament est permis à tous ceux qui habitent le lieu infecté, même lorsqu'ils ne seraient pas atteints. 1711. — Pendant quel temps un testament ainsi fait conserve-t-il sa valeur? 1712.

§ 3e. Du testament maritime. Motifs qui ont fait introduire ce testament. — Du droit romain. 1713. — Droit français. 1714. — Le Code permet ce testament à tous ceux qui sont sur mer. III, 1715. — De sa forme. 1716. — Formalités ordonnées pour assurer la conservation des testaments faits en mer ou en faciliter la recherche aux intéressés. — Leur inobservation n'entraîne point la nullité de l'acte. 1717, 1718. — Quand le testament est-il réputé fait en mer? 1719 à 1721. — Les simples passagers peuvent faire un testament maritime. 1722. — Durée de la validité du testa-

ment fait en mer. 1723, 1724. — Il ne peut contenir aucune disposition au profit des officiers du vaisseau s'ils ne sont parents du testateur. — La prohibition s'applique même au testament olographe. 1725 à 1728.

§ 4e. Dispositions communes aux trois espèces de testaments ci-dessus. De la signature du testateur, des témoins et de ceux qui auront reçu le testament. 1729. — Il n'y a, d'ailleurs, lieu d'observer que les conditions générales dont la section 1re du chapitre V du titre II fait une règle. — Énumération de ces conditions. 1731. — *Quid* de la date? 1732. — Les notaires pourraient-ils recevoir un testament exceptionnel dans la forme particulière autorisée par la loi? 1733.

Dans quelle forme peut tester le Français qui se trouve en pays étranger? — De l'application de la règle *locus regit actum*. 1734, 1735. — *Quid* du testament olographe? 1736, 1737. — Les chanceliers des consulats peuvent-ils recevoir les testaments des Français? 1738. — *Quid* du testament olographe? 1736. — Les testaments faits à l'étranger ne peuvent être exécutés en France avant leur enregistrement. 1739.

TESTAMENT MYSTIQUE. Du testament mystique en droit romain. III, 1614 à 1618. — Usage de ce testament dans les pays de droit écrit. — Ordonnance de 1735. — Il est admis par le Code. 1619.

§ 1er. Quelles personnes ne peuvent pas tester en la forme mystique?

Ceux qui ne savent pas lire. — Motifs. 1659. — Il faut savoir lire l'écriture. 1660. — A qui incombe la preuve que le testateur ne pouvait ou ne savait lire? 1662. — *Quid* des aveugles? 1663.

Le testateur qui ne peut parler mais qui écrit peut tester en cette forme. — Ainsi le muet. 1664 à 1667. — *Quid*, si l'impossibité de parler n'a été qu'accidentelle et que le testateur ait recouvré la parole quand il s'agit de dresser l'acte de suscription? 1668.

§ 2. Formalités requises pour la validité des testaments mystiques.

1° *De l'écriture de l'acte intérieur de ce testament*. — De la signature. 1620. — Aucune condition particulière n'est exigée de la part de la personne que le testateur chargerait d'écrire un testament. — Peu importerait qu'elle fût légataire. 1621. — La mention de la date ou de la dictée est inutile. 1622, 1623. — Il n'est pas nécessaire que le testament écrit par un tiers mentionne qu'il a été lu par le testateur. 1663. — L'unité du contexte n'est point exigée. 1624. — Le testateur peut garder le secret de ses dispositions. — Présentation de l'acte au notaire. 1625.

2° *De la clôture et du scel* soit sur la feuille intérieure, soit sur l'enveloppe. 1626 à 1629. — *Quid*, si l'enveloppe et la clôture sont imparfaites? 1930.

3° *Présentation aux témoins et au notaire* avec déclaration. — *Quid*, si le testateur ayant déclaré que le testament avait été écrit par lui-même, on ne trouvait après sa mort, sous le cachet, qu'un testament écrit d'une main étrangère? 1631. — Nombre des témoins. — Ils doivent tous savoir signer. 1632. — Nécessité d'appeler un septième témoin si le testateur ne sait ou ne peut signer. 1656 à 1658. — Les héritiers et légataires peuvent être témoins à l'acte de suscription. 1633, — ainsi que l'écrivain du testament. 1634, 1635. — Celui qui n'entend pas la langue du testateur peut-il être témoin? 1636. — En ce qui concerne les autres conditions relatives aux témoins, Voy. *Témoins instrumentaires*.

4° *Acte de suscription*. — Sens du mot *dresser*. 1637. — Un notaire peut-il, après avoir écrit comme personne privée un testament mystique

qui contient des dispositions en sa faveur, recevoir l'acte de suscription? 1638. — Condition nécessaire à la validité de l'acte de suscription. — Mentions qu'il doit contenir. 1639 à 1649 — De la date. 1650. — De l'unité du contexte. 1651. — Le testament mystique est un acte authentique. — Conséquences. 1652. — Doit-il être passé en minute à peine de nullité? 1623. — Le testament nul en la forme mystique peut valoir comme olographe. 1654, 1655.

De l'ouverture et du dépôt du testament mystique.—Formalités. IV, 1816 à 1821.

TESTAMENT OLOGRAPHE. le testament olographe n'était point admis en droit romain. III, 1463. — *Secus*, en pays coutumiers. 1464, 1465.— L'individu domicilié en pays de droit écrit pouvait-il tester par la forme olographe en pays coutumier? 1465. — Du testament olographe sous le Code. 1466. — Il n'est point à l'abri des attaques pour démence, captation, suggestion, etc. II, 508.

§ 1er. Formalités de l'écriture par le testateur. Conséquences dans le cas où l'écriture du testateur se trouverait mélangée avec une écriture étrangère. III, 1467, 1468. — La participation d'un tiers pour donner un conseil ou rappeler une règle ne vicie pas le testament. 1469. — *Quid* de l'assistance d'un tiers pour régler l'écriture du testateur aveugle? 1470. — Le testament peut être écrit et signé au crayon. 1471. — Être fait sur des feuilles volantes. 1472, 1473.—Peu importe que les ratures ou interlignes n'aient pas été approuvés. 1474. — L'emploi du papier timbré n'est pas nécessaire. 1475. — *Quid* du testament par lettre missive? 1476, 1477. Pour être considéré comme testament olographe, l'écrit doit avoir été fait en vue de la mort. 1478.

De la date, sa nécessité. 1479,— énonciation du lieu. 1480. — La date peut être écrite en chiffres. 1481.—De la date incertaine. 1482. —De l'erreur de date. 1483 à 1486. — La fausseté de la date équivaut à l'absence de date. 1487.— L'inscription de faux n'est pas nécessaire pour prouver ou l'erreur ou la fausseté. 1488.—Les rectifications dans les omissions ou erreurs ne peuvent être faites qu'autant qu'elles sont commandées par le contexte même du testament. 1489. — Les dispositions additionnelles sont présumées se référer à la date du corps de l'acte 1490.—La place de la date de l'acte est indifférente. 1491. — Le testament olographe fait foi de sa date. — Conséquences. 1493.

De la signature du testament olographe. — Sa place. III, 1493, 1494. — De quel nom le testateur doit-il signer? 1495, 1496. — De la signature mal orthographiée ou peu lisible. 1497.

§ 2. Solennité et force du testament olographe régulier. — Conséquences. 1498. — Sur qui retombe, en cas de dénégation, la charge de faire la vérification de l'écriture? Distinction. 1499, à 1501. — Un testament nul comme mystique peut-il valoir comme olographe? 1502. — Peu importe la langue dans laquelle est écrit le testament. 1503.

De l'ouverture et du dépôt du testament olographe. — Procédure à suivre. IV, 1816 à 1821.

TRANSCRIPTION.

§ 1er. But et formalité de la transcription. La transcription dérive de l'ancienne formalité de l'insinuation. III, 1147. — De l'insinuation dans l'ancien droit et de l'ordonnance de 1731. 1148 à 1150. — Discussion au conseil d'État. — La transcription a pour but la publicité de la donation. 1151, 1152,—et n'est point une formalité hypothécaire. 1153, 1154. — Elle a plus d'étendue que l'insinuation. 1155, 1156. — A la différence de l'insinuation, la transcription n'est assujettie à aucun

délai. 1157. — Pourrait-elle avoir lieu valablement dans les dix jours qui précèdent la faillite ?—Distinctions. 1168 à 1162.

§ 2. Quelles donations sont assujetties à la transcription? — Les donations de biens meubles en sont affranchies. 1163.—Les biens susceptibles d'hypothèques y sont seuls soumis. 1164. — *Quid* à l'égard des donations d'actions immobilières ? 1165.— D'une donation de droits successifs ? 1166.— Peu importe que les donations soient conditionnelles ou avec charge. 1167. — *Quid* des donations par contrat de mariage? 1168. — Des institutions contractuelles et des donations universelles. 1169, et IV, 2372. — Des donations entre époux. III. 1170, et IV, 2534, 2535, 2652 à 2654. — Des donations à titre de gain de survie. III, 1171. — Des donations déguisées sous la forme de contrat onéreux. 1172. — De la transcription de la substitution officieuse. IV, 2282 à 2290.

§ 3. A qui incombe l'obligation de faire transcrire ?

Au donataire. III. 1173.— A qui dans le cas où le donataire ne serait pas en état de veiller sur ses droits. 1174, 1175.

§ 4. Par qui peut être opposé le défaut de transcription ?

Similitude de l'article 941 du Code avec l'article 27 de l'ordonnance de 1731. — Les héritiers du donateur ne sont pas recevables à se prévaloir du défaut de transcription. 1177, — non plus que les légataires et les seconds donataires du donateur. 1178, 1170. — Ce droit n'appartient qu'à ceux qui ont traité à titre onéreux avec le donateur. 1180. 1181. — *Quid* de l'acquéreur d'un immeuble autre que l'immeuble donné s'il était inquiété par une action hypothécaire du donataire ? 1182. — *Quid* des créanciers du donateur? 1183, 1148. — Les personnes chargées de faire la transcription ni leur ayants cause ne peuvent opposer le défaut de cette formalité. 1185, 1186. — *Quid* de celui qui achète à un mari l'immeuble que celui-ci a précédemment donné à sa femme sans que la transcription ait été faite? 1187. — Différence entre les acquéreurs et créanciers du donateur, d'une part, et les ayants cause de celui qui doit faire transcrire, d'autre part. 1188.

§ 5. Effet du défaut de transcription.

La donation non transcrite n'est plus entre les parties qu'un pacte nu. 1156.— Les mineurs, les interdits, les femmes mariées ne sont point restitués, sauf recours contre leurs tuteurs ou maris. 1189 à 1192.

U.

Usufruit. Il n'y a point substitution prohibée dans le legs de l'usufruit à l'un et de la nue propriété à l'autre. I, 185, 186. — *Quid* de plusieurs legs successifs du même usufruit ? 133.

De la valeur à l'encontre des réservataires, de la disposition par acte entre-vifs, d'un usufruit dont la valeur excède la quotité disponible. Voy. *Quotité disponible*, § 3.

De l'imputatoin à laquelle donne lieu l'aliénation de biens en faveur de l'un des successibles en ligne directe avec réserve d'usufruit. Voy *Rapports*.

De l'évaluation de l'usufruit. II. 839, et IV, 2609 à 2911. — De l'estimation de l'usufruit sujet à réunion fictive. II, 975. — De la réserve que peut faire le donateur de l'usufruit des biens meubles ou immeubles donnés. III, 1254 à 1260. — Le legs d'usufruit de tous les biens est un legs à titre universel. IV, 1848. — Comment contribue au payement des dettes le légataire de l'universalité de l'usufruit ? 1860, 1861. — Le droit de l'usufruitier sur la chose léguée commence du jour du décès du testateur. — Différence avec le droit romain. 1874.—Du legs d'usufruit

à titre particulier. 1904 à 1906. — Du legs d'usufruit avec défense d'aliéner. 1907, 1909 — *Quid*, avec pouvoir d'aliéner ? 1998, 1910. — Différence entre les legs d'usufruit et les legs annuels. 1911. — Le légataire d'un usufruit est tenu de demander la délivrance pour avoir droit aux fruits. 1912. — *Quid* du droit d'accroissement en matière d'usufruit? IV, 1913 et 2283 à 2186. — De la donation d'usufruit que peuvent se faire les époux soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage. Voy. *Donation entre époux*.

Le légataire doit supporter l'usufruit qui grève la chose léguée. 2556.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

FIN DE LA TABLE GÉNÉRALE.

Paris. — Imprimerie de F. Donnaud, rue Cassette, 9.

SENECA
Iuris Claro

a39003 008600172b

KE
56
.T7D6
1862

AUTHOR

Droit civil
explique ;

v.4

TITLE

Donations

DATE

DATE DUE

CAT. NO. 1137